

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 48 – Numéro 3

Année : 2018

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/18406>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/18406>

Page vide laissée intentionnellement.

La notion de sujet de droit international ou le défi de sa réforme à l'aune de la responsabilité sociale des entreprises commerciales

Adeline MICHOU

Les concepts de patrimoine et de personnalité juridique à l'épreuve de la crise écologique : limites et perspectives

Touwendé Roland OUÉDRAOGO

À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs

Hélène MAYRAND et Andrew SMITH-GRÉGOIRE

Note bibliographique

Yan CAMPAGNOLO, *Le secret ministériel : théorie et pratique*

Geneviève CARTIER

ISSN 0317-9656

RDUS

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 48 — Numéro 3

RDUS

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 48 — Numéro 3



**UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE**

POLITIQUE DE RÉDACTION

La RDUS est publiée par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les articles sont aussi disponibles sur le site internet de la RDUS et dans les banques de données suivantes : LexisNexis, Westlaw, EBSCO, Soquij, HeinOnline, CanLII et Érudit. Les articles publiés dans la RDUS sont répertoriés dans : Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec, Index of Canadian Legal Periodical Literature, Index of Legal Periodicals, Repère, Index of Foreign Legal Periodicals, Current Law Index et Index à la documentation juridique au Canada / Index of Canadian Legal Literature. Les textes soumis à la RDUS font l'objet d'une double évaluation : l'équipe de rédaction de la Revue effectue d'abord une évaluation interne, puis procède à la formation d'un comité de lecture, composé de deux experts, pour les fins d'une évaluation externe. Au moment de la publication, l'auteur reçoit deux (2) exemplaires de la revue, dix (10) tirés à part et un fichier électronique correspondant à la mise en page de la version publiée. Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que la responsabilité des auteurs.

Directives aux auteurs

La RDUS reçoit des textes à tout moment de l'année pour la publication dans l'un des numéros annuels. Les auteurs qui soumettent des textes doivent se conformer aux directives suivantes :

1. Les textes soumis à la RDUS doivent l'être en exclusivité. Dans le cas contraire, l'auteur doit informer le directeur de la Revue dès la soumission. L'auteur recevra un contrat de cession des droits d'auteur si le texte est accepté pour publication.
2. Les textes doivent être soumis par courrier électronique, à l'attention du directeur de la RDUS, à l'adresse suivante : revue.droit@USherbrooke.ca.
3. La RDUS publie des articles en français et en anglais. Chaque article est accompagné d'un résumé bilingue rédigé par l'auteur ou l'équipe de rédaction. Le résumé compte environ 150 mots.
4. La RDUS publie généralement des articles de moins de 20 000 mots (incluant les notes infrapaginales). Les commentaires d'arrêts doivent au plus compter 10 000 mots et les recensions bibliographiques, 5 000 mots.
5. Les références et citations doivent être conformes à la plus récente édition du Guide des références pour la rédaction juridique de Didier Lluellas (Éditions Thémis).

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

2500, boul. de l'Université, Sherbrooke (Québec) J1K 2R1

Tél. : (819) 821-7508; téléc. : (819) 821-7578; courriel : revue.droit@USherbrooke.ca

Le coût de l'abonnement annuel est de soixante dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de soixante-neuf dollars pour l'étranger. Le prix unitaire de chacun des numéros est de vingt-quatre dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de vingt-sept dollars pour l'étranger. **Les frais de poste sont en sus.** Tout abonné doit donner avis s'il désire interrompre son abonnement. Tous les chèques doivent être faits à l'ordre de l'« Université de Sherbrooke ».

Mise en page : Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

Impression : Imprimerie HLN

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec.

Bibliothèque et Archives Canada.

© RDUS, 2021.

Tous droits réservés

ISSN 0317-9656

ISSN numérique 2561-7087

DIRECTION

Mathieu DEVINAT, directeur

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Jean-Louis BAUDOUIN
Associé, Fasken Martineau

L'honorable Nicholas KASIRER
Cour suprême du Canada

Robert P. KOURI
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

Lucie LAMARCHE
Professeure titulaire
Université du Québec à Montréal

Louis MARQUIS
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

ÉQUIPE DE RÉDACTION

Trimestre d'automne 2020

Laurie-Anne FRÉCHETTE,
corédactrice en chef
Michael RZESZUTEK,
corédacteur en chef
Émile FORCIONE
Maude LAPRISE
Gabrielle LAROUCHE
David PRIMEAU
Martin VACHON

Trimestre d'été 2020

Geneviève NOËL, rédactrice en chef
Gabriel BOIS
Émile CHAMBERLAND
Marc CORDAHI
Marianne GUILLEMETTE
William PEDNEAULT
Félix TESSIER

COMITÉ DE RÉDACTION

Stéphane BERNATCHEZ
Louise BERNIER
Suzanne COMTOIS
Mathieu DEVINAT
Édith GUILHERMONT
Sébastien LANCTÔT
Carmen LAVALLÉE
Sébastien LEBEL-GRENIER

VÉRIFICATION LINGUISTIQUE

Hélène DUMAIS

VÉRIFICATION DES RÉSUMÉS ANGLAIS

Mairtin MAC AODHA

SECRÉTAIRE

Renée PRUNEAU

Trimestre hiver 2020

Alice NIKOLOV, rédactrice en chef
Mohammadhossein BAHRAMDARYABEIGI
Amélie BOURGET
Sarah Maude JEAN
Antoine MASSIE
Émilie MORASSE
Jean-Nicolas TREMBLAY

Trimestre automne 2019

Alice NIKOLOV, rédactrice en chef
Danielle CARON
Sarah Maude JEAN
Mary-Pier LAREAU
Émilie MORASSE
Geneviève NOËL
Jean-Nicolas TREMBLAY

TABLE DES MATIÈRES

La notion de sujet de droit international ou le défi de sa réforme à l'aune de la responsabilité sociale des entreprises commerciales Adeline MICHOU	243
Les concepts de patrimoine et de personnalité juridique à l'épreuve de la crise écologique : limites et perspectives Touwendé Roland OUÉDRAOGO	277
À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs Hélène MAYRAND et Andrew SMITH-GRÉGOIRE	321
Note bibliographique	
Yan CAMPAGNOLO, <i>Le secret ministériel : théorie et pratique</i> Geneviève CARTIER	377

La notion de sujet de droit international ou le défi de sa réforme à l'aune de la responsabilité sociale des entreprises commerciales

par Adeline MICHOU^{*}

En raison de la montée de la mondialisation, un débat a commencé à émerger pour déterminer si les entreprises multinationales pouvaient être tenues à certaines obligations en matière de droits de la personne en vertu du droit international public et, plus généralement, si les acteurs non étatiques pouvaient être directement soumis aux normes internationales des droits de la personne.

Dans la société et l'économie d'aujourd'hui, la conception du droit international axée sur l'État semble dépassée. En effet, le pouvoir de l'État a considérablement diminué au cours des dernières décennies au profit de celui des entreprises, dont l'importance économique croissante a soulevé des questions quant à la responsabilité juridique des personnes privées en droit international public.

Le présent article traite d'abord de la notion de sujet de droit international et de sa conception originale. L'auteure développera ensuite des arguments en faveur de la reconnaissance des entreprises commerciales en tant que sujets de droit international afin de relever les défis modernes posés par les questions de responsabilité sociale et d'éviter l'impunité des sociétés multinationales.

*

Titulaire d'un doctorat en droit. Pendant ses études doctorales, l'auteure a travaillé comme assistante d'enseignement et de recherche au Département de droit international privé de l'Université de Genève (2015-2019). Elle est diplômée de plusieurs universités européennes (bachelor en droit anglais, King's College London; master I, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; maîtrise en droit international, Institut de hautes études internationales et du développement; bachelor et master en droit suisse, Université de Genève).

With the rise of globalization, a debate has started emerging to determine if transnational corporations could be held to have human rights obligations under international public law and more generally, if non-state actors could directly be subjected to international human rights standards.

In today's society and economy, the state-centric conception of international law appears to be outdated. In fact, state power has substantially declined in the last decades to the profit of corporations, whose growing economic importance has raised questions as to the legal accountability of private persons in international public law.

This article shall discuss the notion of subject of international law and its original conception. The author shall then develop arguments in favour of the recognition of corporate actors as subjects of international law to tackle the modern challenges posed by corporate social responsibility issues and to avoid corporate impunity.

SOMMAIRE

I.	La notion de sujet en droit international public	253
A.	Le concept de personnalité juridique	253
B.	La prise en considération progressive des personnes privées en tant que sujets de droit international susceptibles d'avoir des droits et des obligations.....	257
II.	La nécessité croissante de reconnaître les entreprises comme sujets de droit international public	262
A.	Les réticences relatives à l'extension de la notion de sujet de droit international public.....	262
B.	Les arguments en faveur de l'intégration des acteurs de l'entreprise en tant que sujets de droit international.....	267
	Conclusion	272

Depuis le début des années 90, une série d'événements tragiques a révélé au public les problèmes générés par certaines pratiques commerciales abusives de plusieurs sociétés multinationales ayant délocalisé leurs activités de production à l'étranger¹. Les abus de ces entreprises² se matérialisent par des conditions de travail précaires, voire dangereuses, par exemple dans l'industrie textile au Bangladesh³ ou le recours généralisé au travail forcé en Thaïlande⁴, ou encore peuvent même aboutir à la pollution de l'environnement et à la destruction des moyens de subsistance de certaines populations locales (illustré notamment par le récent effondrement d'un barrage au Brésil)⁵. On recense ainsi de très

¹ On peut notamment citer le conflit de Bougainville en Papouasie-Nouvelle-Guinée. Pour une analyse plus détaillée de ce conflit relatif à l'exploitation minière dans ce pays, voir : Kristian LASLETT, « State Crime by Proxy: Australia and the Bougainville Conflict », (2012) 52 *Brit. J. Criminol.* 705; Anthony J. REGAN, « Causes and Course of the Bougainville conflict », (1998) 33 *J. Pac. Hist.* 269; Herb THOMPSON, « The Economic Causes and Consequences of the Bougainville Crisis », (1991) 17 *Resour. Policy* 69; Ronald James MAY, « Papua New Guinea's Bougainville Crisis », (1999) 3 *Pac. Hist. Rev.* 174.

² À noter que la notion d'« entreprise » telle que nous l'entendons dans le présent article fait référence aux entreprises multinationales à caractère commercial uniquement.

³ Voir notamment Jason BURKE et Saad HAMMADI, « Bangladesh Textile Factory Fire Leaves more than 100 Dead », *The Guardian*, 25 novembre 2012, en ligne : <<https://www.theguardian.com/world/2012/nov/25/bangladesh-textile-factory-fire>>.

⁴ Voir notamment : Kate HODAL, Chris KELLY et Felicity LAWRENCE, « Revealed: Asian Slave Labour Producing Prawns for Supermarkets in US, UK », *The Guardian*, 10 juin 2014, en ligne : <<https://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>>.

⁵ Voir notamment : Zoe SULLIVAN, « Brazil's Doce River still Foul Eight Months after Dam Collapse », *Made for Minds*, 5 juillet 2016, en ligne : <<http://www.dw.com/en/brazils-doce-river-still-foul-eight-months-after-dam-collapse/a-19375872>>; Dom PHILLIPS, « Samarco Dam Collapse: One Year on from Brazil's Worst Environmental Disaster », *The Guardian*, 15 octobre 2016, en ligne : <<https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/oct/15/samarco-dam-collapse-brazil-worst-environmental-disaster-bhp-billiton-vale-mining>>; voir plus généralement Gregory JACKSON et Julia BARTOSCH, « Corporate Responsibility in Different Varieties of Capitalism: Exploring the Role of National Institutions », *Freie Universität Berlin*, 2016, en ligne : <https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BS/Publikationen/GrauePublikationen/Studie_BS_Corporate-Responsibility-in-Different-Varieties-of-Capitalism-Exploring-the-Role-of-National-Institutions_2016.pdf>.

nombreuses violations des droits de la personne commises par les entreprises multinationales dans les pays en développement⁶.

Le nombre d'entreprises multinationales a connu une croissance exponentielle au cours des 40 dernières années⁷. En 1970, on comptait environ 7 000 entreprises multinationales dans le monde : ce nombre est passé à 30 000 en 1990, à 63 000 en 2000 et à 82 000 en 2009⁸. Aujourd'hui, on estime à 100 000 le nombre d'entreprises multinationales et à plus de 900 000 le nombre de leurs filiales dans le monde⁹.

À la faveur de la mondialisation, les entreprises multinationales sont devenues des acteurs clés sur la scène internationale¹⁰. Leur poids

⁶ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises – Corporations and Human Rights: A Survey of the Scope and Patterns of Alleged Corporate-related Human Rights Abuse*, Doc. N.U. A/HRC/8/5/Add. 2 (23 mai 2008).

⁷ Voir Ramon TORRENT et Federico LAVOPA, « Strengthening Enforcement of Core Labour Rights: Can a New Investment Agreement Model Help Multinational Corporations Be More Socially Responsible? », dans UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Corporate Social Responsibility in Latin America: A Collection of Research Papers From the Virtual Institute Network*, Doc. N.U. UNCTAD/DTL/KTCD/2010/2 (février 2010), p. 106-109, en ligne : <https://unctad.org/en/Docs/dtlktcd20102_en.pdf>.

⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, Doc. N.U. UNCTAD/WIR/2009 (26 octobre 2009), en ligne : <http://unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf>.

⁹ Damiano DE FELICE, « Business and Human Rights Indicators to Measure the Corporate Responsibility to Respect: Challenges and Opportunities », (2015) 37 *Hum. Rights Q.* 511, 517.

¹⁰ Joel R. PAUL, « Holding Multinational Corporations Responsible under International Law », (2001) 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 285, 286; Alison Lindsay SHINSATO, « Increasing the Accountability of Transactional Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria », (2005) 4 *Nw. Univ. J. Int'l Hum. Rts.* 186, 188; Scott PEGG, « An Emerging Market for the New Millennium: Transnational Corporations and Human Rights », dans Jędrzej George FRYNAS et Scott PEGG (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Basingstroke, Palgrave Macmillan, 2003, p. 9.

économique est parfois équivalent, voire supérieur, à celui des États¹¹. En effet, une organisation non gouvernementale (ONG) a estimé en 2015 que 69 des plus grandes entités économiques au monde étaient des entreprises privées¹². Cette montée en puissance des entreprises nécessite de reconsidérer leurs droits et leurs obligations¹³. Au cours des dernières décennies, plusieurs discussions ont été entreprises afin de rechercher des moyens efficaces de réglementer les activités commerciales de ces grandes entreprises, car leurs structures transnationales représentent de nouveaux défis pour la réglementation territoriale à laquelle les États sont généralement habitués¹⁴.

Être l'objet d'un système juridique implique d'avoir des droits et des devoirs en vertu de ce dernier¹⁵. En droit interne, les personnes privées telles que les sociétés ont des obligations légales et, à ce titre, peuvent être

¹¹ Phillip I. BLUMBERG, « Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity », (2001) 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 297. Voir également CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2019: les zones économiques spéciales*, Doc. N.U. UNCTAD/WIR/2019 (2019), en ligne : <https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2019_overview_fr.pdf>.

¹² GLOBAL JUSTICE NOW, « 10 Biggest Corporations Make more Money than most Countries in the World Combined », 12 septembre 2016, en ligne : <<http://www.globaljustice.org.uk/news/2016/sep/12/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined>>.

¹³ Mirela V. HRISTOVA, « The Alien Tort Statute: A Vehicle for Implementing the United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights and Promoting Corporate Social Responsibility », (2012) 47 *U.S.F.L. Rev.* 89; Heike FABIG, « The Body Shop and the Ogoni », dans Michael K. ADDO (dir.), *Human Rights Standards and The Responsibility of Transnational Corporations*, Londres, Kluwer Law International, 1999, p. 309.

¹⁴ Sur la question globale du pouvoir exercé par les grandes entreprises, voir : Kean BIRCH, « The Totalitarian Corporation? », (2007) 8-1 *Totalitarian Movements and Political Religions* 153; Lee DRUTMAN et Charlie CRAY, *The People's Business: Controlling Corporations and Restoring Democracy*, Oakland (CA), Berrett-Koehler Publishers, 2004; David C. KORTEN, *When Corporations Rule the World*, West Hartford (CT), Kumarian Press, 1995.

¹⁵ Hersch LAUTERPACHT, « The Subjects of International Law », dans Elihu LAUTERPACHT (dir.), *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 136-150.

tenues responsables des violations de ces obligations. Au contraire, le système de droit international public a été conçu à l'origine comme un système interétatique, où les États sont considérés comme les sujets principaux. En vertu des règles actuelles du droit international, les individus, y compris les personnes privées, ne sont pas obligés d'observer certains devoirs, pas plus qu'ils ne peuvent être considérés comme responsables en cas de violations de certaines règles de droit international¹⁶. En droit international public, la responsabilité de l'État peut effectivement être engagée s'il ne parvient pas à prévenir les abus de ses ressortissants ou des personnes se trouvant sur son territoire. Les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) prévoient notamment que les États contractants se doivent d'introduire dans leurs systèmes juridiques respectifs des lois nationales en vue d'empêcher les acteurs privés de violer les règles énoncées dans les instruments adoptés par ces États¹⁷.

Il existe deux approches opposées en droit international : une approche minimaliste et une approche maximaliste. Pour les minimalistes, le droit international public n'est pas le forum approprié pour aborder les questions de responsabilité des entreprises commerciales, le droit international public visant prioritairement à réguler les relations entre États. Au contraire, en ce qui concerne les maximalistes, le droit international public peut et doit être utilisé pour réglementer les actions des personnes privées comme les sociétés¹⁸.

¹⁶ Pourtant, le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G.N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948), de 1948 prévoyait que les normes relatives aux droits de la personne seraient directement applicables aux acteurs non étatiques, mais ce préambule, comme pour le reste de la Déclaration, semble avoir un effet plus déclaratoire que réellement contraignant.

¹⁷ Nous pouvons également citer la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, OCDE, 17 décembre 1997, en ligne : <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf>, et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, ONU, 21 décembre 1965, en ligne : <<https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>.

¹⁸ Voir les explications fournies par David KINLEY, Justine NOLAN et Natalie

À l'époque où le système des Nations Unies a été fondé, les États représentaient les uniques acteurs détenant un pouvoir important à l'échelle internationale. De ce fait, les États étaient les seuls à être tenus par le droit international, car ils étaient perçus comme les seuls à pouvoir enfreindre les normes internationales¹⁹. Or, la mondialisation a contribué à l'émergence de nouveaux acteurs²⁰, et l'incidence des multinationales a considérablement augmenté²¹, en ce que ces grandes entreprises peuvent parfois imposer leurs conditions de travail à des pans entiers d'une industrie ou avoir des répercussions substantielles sur le degré de pollution de l'environnement dans lequel des populations vivent²².

Ce changement dans les rapports de pouvoir entre États et entreprises nous amène à reconsidérer la répartition de leurs responsabilités respectives. Comme nous l'argumenterons tout au long de notre article, nous pensons qu'il est important de reconnaître l'émergence de sujets de droit international public secondaires, c'est-à-dire des entités possédant une capacité juridique limitée dans certains domaines en fonction de ce que prévoiraient certains traités. La plupart des initiatives adoptées à ce jour ont pris une forme non contraignante, l'une des plus emblématiques ayant été formalisée avec l'adoption des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights ou UNGP), élaborés par le professeur John Ruggie, représentant spécial du secrétaire

ZERIAL, « The Politics of Corporate Social Responsibility: Reflections on the United Nations Human Rights Norms for Corporations », (2007) 25 *C&SLJ* 30, 36.

¹⁹ Chris JOCHNICK, « Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights », (1999) 21 *Hum. Rights Q.* 56, 59.

²⁰ Steven R. RATNER, « Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility », (2001-2002) 111 *Yale L.J.* 443, 468.

²¹ Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, report, chap. 3: « Promoting Security » (1995), en ligne : <<https://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/>>. Voir également Christopher May et Louise Amoore, *Global Corporate Power*, Boulder, Rienner Publisher, 2006, p. 62.

²² S.R. RATNER, préc., note 20, p. 462.

général des Nations Unies pour les entreprises et les droits de l'homme de 2005 à 2011²³.

La structuration actuelle de la société et de l'économie requiert un changement de statut des sociétés multinationales en droit international public. La mise en œuvre d'obligations de droit contraignant pouvant s'appliquer aux entreprises est progressivement discutée sur la scène internationale. En effet, à la suite d'une proposition élaborée par l'Équateur et l'Afrique du Sud devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en septembre 2013, ce dernier a adopté une résolution sur la création d'un groupe de travail intergouvernemental afin de concevoir un instrument juridique contraignant en vue, notamment, de garantir aux victimes d'abus commis par des entreprises un accès à la justice et un droit à réparation²⁴. Des négociations sont actuellement en cours aux Nations Unies pour trouver un accord sur l'élaboration de ce traité.

La question de la légitimité d'imposer des obligations de droit international aux entreprises peut être posée. Néanmoins, l'idée selon laquelle le profit devrait être la seule ligne directrice des entreprises doit être repensée²⁵. Si l'on considère que les droits de la personne ont une portée universelle et qu'ils servent à protéger les droits fondamentaux des individus, on peut alors estimer que les obligations en la matière s'adressent à tous les acteurs, y compris aux entreprises commerciales²⁶.

Nous discuterons donc ci-dessous de la notion de sujet de droit international afin d'évaluer dans quelle mesure elle doit être adaptée pour répondre aux défis actuels posés par les abus perpétrés par certaines

²³ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Doc N.U. HR/PUB/11/4 (16 juin 2011).

²⁴ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Rés. A/HRC/26/9, 26^e session (14 juillet 2014).

²⁵ Norman BOWIE, « The Moral Obligations of Multinational Corporations », dans Thomas DONALDSON et Thomas DUNFEE (dir.), *Ethics in Business and Economics*, Dartmouth, Dartmouth Publishing, 1997, p. 249.

²⁶ C. JOCHNICK, préc., note 19, p. 57.

entreprises multinationales et remédier aux violations de certains droits de la personne qu'elles génèrent. Dans la première partie de notre article, nous définirons la notion de sujet en droit international et nous traiterons de la suprématie des États en tant que sujets de droit international public. Dans la seconde partie, nous nous pencherons sur l'utilité de reconnaître les entreprises comme sujets de droit international public dans le contexte des abus de responsabilité sociale des entreprises commerciales.

I. La notion de sujet en droit international public

A. Le concept de personnalité juridique

Traditionnellement, toute personne ou toute entité se voit octroyer le statut de sujet d'un ordre juridique si elle réunit trois conditions essentielles. Premièrement, un sujet a des devoirs, ce qui l'oblige à assumer la responsabilité de tout comportement qui serait contraire aux règles du système auquel il appartient. Deuxièmement, un sujet de droit doit être capable de revendiquer certains droits. Troisièmement, un sujet de droit doit posséder la capacité de nouer des relations contractuelles ou d'autres relations juridiques avec d'autres sujets de droit reconnus comme tels dans le système juridique auquel ils appartiennent²⁷.

Les systèmes juridiques nationaux comprennent une grande variété de sujets : les personnes physiques (qu'elles soient des ressortissants du même ordre juridique ou qu'elles soient étrangères), les personnes morales (entreprises, associations, ONG, etc.) et aussi les entités étatiques. Les personnes morales font donc partie des principaux sujets des systèmes juridiques nationaux et doivent, de ce fait, en suivre les règles. La plupart des systèmes juridiques prévoient que les individus deviennent sujets de droit de ces systèmes dès la naissance. Quant aux personnes morales, l'État précise en général les conditions qu'elles doivent satisfaire pour se voir reconnaître la personnalité juridique.

²⁷ Pour une explication détaillée de ces trois conditions, voir Ademola ABASS, *Complete International Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 164.

Originellement, le droit international n'admettait que les États au rang de sujet. En effet, le droit international est le droit des Nations, qui s'applique aux États et à leurs relations. Selon la définition classique, le droit international est le droit qui régit les relations interétatiques²⁸. Pourtant, l'évolution du monde contemporain a élargi la portée du droit international et a étendu la catégorie de ses sujets aux organisations internationales. Un premier pas vers la prise en considération des parties privées en tant qu'acteurs incontournables du droit international public a été franchi dans l'*Affaire de la compétence des tribunaux de Danzig*, dans laquelle la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a jugé que l'« on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et des obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux²⁹ ». Ici, la CPJI semblait donc reconnaître que le droit international public pouvait également s'adresser aux personnes privées.

Depuis cet arrêt, le droit international a évolué vers une prise en considération progressive d'autres entités que les seuls États. Par exemple, en 1949, dans l'*Affaire des réparations des dommages subis au service des Nations Unies*³⁰, la Cour internationale de justice (CIJ) a ouvert la voie à une théorie fonctionnelle des sujets juridiques en droit international, car elle a reconnu que les organisations internationales pouvaient être dotées de la personnalité juridique en droit international. La CIJ a ainsi admis la possibilité pour différentes catégories de personnalités juridiques de coexister : « Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale³¹. »

²⁸ Rosalyn HIGGINS, « Conceptual Thinking about the Individual in International Law », (1978) 24 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 11, 12.

²⁹ *Affaire de la compétence des tribunaux de Danzig*, C.P.J.I. Recueil des avis consultatifs (série B), n° 15, p. 17-18 (3 mars 1928).

³⁰ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

³¹ *Id.*, p. 178.

La justice pénale internationale a aussi participé à l'évolution de la notion de sujet de droit international. Lors du procès de Nuremberg, les juges pénaux ont notamment estimé que les fonctionnaires nazis et leurs collaborateurs pouvaient être tenus responsables de crimes internationaux : « on a fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels [...] Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international³² ». Le droit pénal international a donc contribué à reconnaître les personnes privées comme sujets de droit international. La responsabilité individuelle en droit pénal international a été définitivement établie lorsque le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a créé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda.

La reconnaissance de la responsabilité individuelle a été plus lente en matière de droits de la personne. Cependant, la formulation employée dans de nombreux instruments internationaux relatifs à cette question indique que les obligations en la matière s'adressent à tous. Par exemple, l'article 4 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* prévoit ceci : « Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes. » Cette interdiction de l'esclavage s'adresse donc d'abord aux États, mais aussi aux acteurs privés. À noter que cette déclaration mentionne la responsabilité de « chaque organe de la société³³ ». De même, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dispose dans son préambule que « l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte³⁴ ». Ces formulations renforcent donc l'idée que le droit international vise également à réglementer les acteurs privés.

³² *Procès des grands criminels de guerre*, Tribunal militaire international de Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946, p. 125-126, en ligne : <<https://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/>>.

³³ Préc., note 16.

³⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] 999 R.T.N.U. 171.

La montée de la mondialisation a brouillé les frontières entre les responsabilités des personnes publiques et des personnes privées. Comme le fait remarquer Jean-Philippe Robé, « la transnationalisation de la société remet en question la souveraineté de l'État; elle conteste le monopole autocertifié que la souveraineté de l'État revendique pour lui-même dans la production de normes, et même la simple capacité des États à produire des normes efficaces³⁵ ».

Au cours des dernières années, le rôle que les acteurs privés doivent jouer en droit international a été progressivement reconnu et renforcé. La notion de responsabilité sociale des entreprises illustre bien cette tendance. En effet, ladite notion suppose que les entreprises ont des obligations envers tous les acteurs avec qui elles interagissent et qui sont touchés par leurs activités³⁶. Certains auteurs vont même plus loin et affirment que les sociétés multinationales devraient avoir des obligations légales parce qu'elles ont une importance analogue à celle des gouvernements ou aux institutions publiques³⁷ en raison de leur taille, de

³⁵ Jean-Philippe ROBÉ, « Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order », dans Gunther TEUBNER (dir.), *Global Law without A State*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 49 (notre traduction).

³⁶ Larry CATA-BACKER, « From Moral Obligation to International Law: Disclosure Systems, Markets and the Regulation of Multinational Corporations », (2008) 39 *Geo. J. Int'l. L.* 591, 607; Antonio VIVES, « Corporate Social Responsibility: The Role of Law and Markets and the Case of Developing Countries », (2008) *Chi-Kent. L. Rev.* 199, 201: « most people interpret these terms to mean that the corporation has a responsibility toward society, and that the corporation has a responsibility to do something about the problems that affect society; others interpret them to mean that the corporation must take responsibility for its own activities as they affect society ». Voir également les travaux de Jean-Philippe Robé qui argumente en faveur de l'idée que les entreprises multinationales devraient être contrôlées à la manière des États au regard du pouvoir qu'elles ont : Jean-Philippe ROBÉ, « Pour en finir avec Milton Friedman », dans Antoine LYON-CAEN et Quentin URBAN, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 11-32; Jean-Philippe ROBÉ, « Les entreprises multinationales, vecteurs d'un nouveau constitutionnalisme », 56 *Archives de Philosophie du droit* 2013, p. 337-361; Jean-Philippe ROBÉ, « L'au-delà de la doctrine de l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2013, p. 23-31.

³⁷ Douglas M. BRANSON, « Corporate Social Responsibility Redux », (2001-2002) 76 *Tul. L. Rev.* 1207, 1216; C.A. Harwell WELLS, « The Cycles of Corporate

leur pouvoir économique et de leur influence, ce qui leur confère une nature quasi publique. La notion de responsabilité des entreprises, approuvée par la communauté internationale lors du Sommet mondial pour le développement durable³⁸ de 2002, est une preuve de ce changement de paradigme, car la responsabilité sociale des entreprises implique une attente légitime de voir le secteur privé consacrer certains efforts à l'atteinte des objectifs internationaux de développement durable³⁹.

B. La prise en considération progressive des personnes privées en tant que sujets de droit international susceptibles d'avoir des droits et des obligations

Le droit international public a traditionnellement été perçu comme un système centré sur l'État qui réglemente essentiellement les droits et les obligations des États de même que les relations entre ces derniers⁴⁰. Le but du droit international est donc de favoriser la coopération et la coexistence pacifique à l'échelle interétatique⁴¹.

Le droit international public a différentes sources⁴², que l'on trouve principalement dans les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit. Composé de directives, de codes de conduite, de normes et de pratiques⁴³, le droit « souple » ou « mou » (*soft law*) n'est

Social Responsibility: an Historical Retrospective for the Twenty-First Century », (2002) 51 *U. Kan. L. Rev.* 77, 77.

³⁸ Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Doc. N.U. A/CONF.199/20 (26 août au 4 septembre 2002), chap. i, par. 140, et chap. ix, par. 20.

³⁹ Elisa MORGERA, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 11.

⁴⁰ Francisco ZAMORA CABOT, Lukas HECKENDORN URSCHER et Stephanie DE DYCKER, *Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Private International Law Perspectives*, Zurich, Schulthess, 2017, p. 11.

⁴¹ *Charte des Nations Unies*, conclue à San Francisco le 26 juin 1945, préambule.

⁴² Voir le *Statut de la Cour internationale de justice*, conclu à San Francisco le 24 octobre 1945, art. 38(1).

⁴³ Fr. ZAMORA CABOT, L. HECKENDORN URSCHER et St. DE DYCKER, préc., note 40, p. 4.

pas reconnu comme une source de droit international⁴⁴, mais ses principes, qui ne sont pas contraignants, jouent néanmoins un rôle important en droit international public de nos jours, notamment dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises.

En raison des changements induits par la mondialisation, un débat a commencé à émerger pour déterminer si les entreprises multinationales pouvaient être tenues à certaines obligations en matière de droits de la personne en vertu du droit international public⁴⁵ et, plus généralement, si les acteurs non étatiques pouvaient être directement soumis aux normes internationales en matière de droits de la personne⁴⁶. Historiquement, le droit international public a principalement visé à réguler les États. En réalité, selon la conception « classique » du droit international, « seuls les États ont des droits et des devoirs juridiques internationaux : aucune autre entité n'est donc capable de posséder des droits et des obligations

⁴⁴ Les normes de droit souple ne figurent pas dans la liste de l'article 38 (1) du *Statut de la Cour internationale de justice*, préc., note 42, qui précise les sources du droit international public.

⁴⁵ Philip ALSTON, « The "Not-a-Cat" Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? », dans Philip ALSTON (dir.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 6; Anne Peters, Lucy Koechlin et Gretta Fenner Zinkernagel, « Non-State Actors as Standard Setters: Framing the Issue in an Interdisciplinary Fashion », dans Anne Peters et autres (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 14; Daphné Josselin et William Wallace, *Non-State Actors in World Politics*, Basingstoke, Palgrave, 2001, p. 3-4; Mary Ellen O'Connell, « Enhancing the Status of Non-State Actors through a Global War on Terror? », (2005) 43 *Colum. J. Transnat'l L.* 435, 437.

⁴⁶ Sarah JOSEPH, « Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights », (1999) 46 *Neth. Int'l L. Rev.* 171, 174; Olivier DE SCHUTTER, « The Challenge of Imposing Human Rights on Corporate Actors », dans Olivier DE SCHUTTER (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2006, p. 17-22; Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 83; Andrew CLAPHAM, « Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations », (2006) 88 *Int'l. Rev. Red Cross* 491, 523; Yaël RONEN, « Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors », (2013) 46 *Cornell Int'l L.J.* 21, 22-25.

juridiques internationaux⁴⁷ ». Dans le système économique et l'organisation de la société actuels, cette conception du droit international axée sur l'État semble dépassée. En effet, le pouvoir des États s'est considérablement réduit au cours des dernières décennies au profit de celui des entreprises, dont l'importance économique croissante a soulevé des questions quant à la responsabilité juridique des personnes privées en droit international public⁴⁸.

En droit interne, il est admis depuis longtemps que les personnes morales, telles que les entreprises, ont des obligations juridiques – par exemple en vertu du droit du travail ou du droit de l'environnement – et elles peuvent être tenues responsables des violations de ces obligations. L'instauration de mécanismes judiciaires au niveau national permettant de faire appliquer ces règles de responsabilité des entreprises est par ailleurs indispensable⁴⁹. Le droit interne doit donc compléter les règles du droit international pour assurer leur bonne mise en œuvre.

Au regard de l'incidence éventuelle des activités de certaines grandes entreprises, des traités multilatéraux imposent directement des obligations à ces dernières, comme la *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*⁵⁰, la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la*

⁴⁷ Valérie EPPS, *International Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2001, p. 3 (notre traduction).

⁴⁸ Ce débat est d'autant plus actuel au regard de la montée du recours à l'arbitrage pour remédier aux litiges entre États et investisseurs.

⁴⁹ Sur cette question, voir : Ivan TCHOTOURIAN et Alexis LANGENFELD, « RSE, droits de l'homme et multinationales : la doctrine du forum non conveniens est-elle un obstacle à la judiciarisation du contentieux? », (2019) 2 *Revue internationale de droit comparé* 503, 503-531; Gwynne SKINNER et autres, « The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business », dans *International Corporate Accountability Roundtable*, rapport, 2013, p. 63-66.

⁵⁰ *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, 29 juillet 1960, telle qu'elle a été modifiée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982, art. 6, en ligne : <https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv-fr.html>.

*pollution par les hydrocarbures*⁵¹ et la *Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*⁵², qui imposent toutes des obligations aux entreprises⁵³. La prise de conscience croissante de l'incidence potentielle des sociétés multinationales sur les droits de la personne a stimulé l'implantation d'un certain nombre d'initiatives réglementaires depuis la fin du XX^e siècle.

De nombreuses organisations de la société civile exigent maintenant que des mesures réglementant les activités des entreprises multinationales soient prises au niveau international⁵⁴. Pourtant, à l'heure actuelle, il n'existe aucun instrument en droit international qui impose des obligations contraignantes aux sociétés⁵⁵. En 1998, la Conférence de

⁵¹ *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 1992, art. 3-4, en ligne : <https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2018/06/Textes-des-Conventions_f.pdf>.

⁵² *Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, Lugano, 21.VI.1993, art. 6, en ligne : <<https://rm.coe.int/168007c084>>.

⁵³ On peut également citer : *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, 5 mai 1992, n° 28911; *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 1992 (CLC); *Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL)*, 2 octobre 1983.

⁵⁴ Jens MARTENS, *Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations*, Working Paper, MISEREOR, Brot für die Welt and Global Policy Forum 28 (2014), en ligne : <http://ibfan.org/docs/Corporate_Influence_on_the_Business_and_Human_Rights_Agenda.pdf>; *The European Union and Transnational Corporations in Latin America: Policies, Instruments and Actors Complicit dans Violations of the Peoples Rights*, Permanent Peoples' tribunal, en ligne : <<http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2010/05/TPP-MADRID-2010-EN.pdf>>; voir également Lisa LAPLANTE, « Bringing Effective Remedies Home: The Inter-American Human Rights System, Reparations, and the Duty of Prevention », (2004) 22 *Neth. Q. Hum. Rights* 347.

⁵⁵ Voir John RUGGIE, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 mars 2011), p. 5-6 :

Rome, qui a adopté le Statut de la Cour pénale internationale, a failli reconnaître la compétence de cette cour pour juger les personnes morales telles que les entreprises, mais la proposition n'a finalement pas recueilli un soutien suffisant⁵⁶.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucune règle internationale imposant des obligations aux entreprises en matière de droits de la personne. En ce qui concerne les graves effets préjudiciables que peuvent avoir les opérations transnationales des entreprises multinationales, certains traités multilatéraux imposent directement des obligations aux entreprises, comme c'est le cas des conventions mentionnées plus haut, qui édictent toutes trois des obligations aux entreprises.

Par ailleurs, un projet de traité international est discuté présentement au sein de l'ONU en vue d'établir un instrument juridiquement contraignant pour réglementer les activités des entreprises multinationales dans le contexte du droit international⁵⁷. Voilà qui confirme une certaine volonté de responsabilisation des grandes entreprises. Il reste maintenant à voir si les États parviendront à se mettre

The Guiding Principles' normative contribution lies not in the creation of new international law obligations but in elaborating the implications of existing standards and practices for States and businesses [...] Nothing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations, or as limiting or undermining any legal obligations a State may have undertaken or be subject to under international law with regard to human rights.

⁵⁶ Voir plus largement Andrew CLAPHAM, « The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court », dans Menno KAMMINGA et Saman ZIA-ZARIFI (dir.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Londres, Kluwer Law International, 2000, p. 139-195.

⁵⁷ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Rés. A/HRC/26/9, 26^e session, 14 juillet 2014.

d'accord sur un ensemble de principes contraignants applicables de manière uniforme au niveau mondial⁵⁸.

II. La nécessité croissante de reconnaître les entreprises comme sujets de droit international public

A. Les réticences relatives à l'extension de la notion de sujet de droit international public

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, de nouveaux domaines d'intérêt sont apparus en droit international, où l'on a commencé à prendre en considération les intérêts et les droits des acteurs privés. À l'origine, cette adresse aux acteurs privés était destinée à protéger les individus contre l'intervention injustifiée que l'État peut exercer dans la jouissance des droits individuels⁵⁹, mais les violations des droits de la personne se sont progressivement révélées être également commises par des acteurs privés.

Cependant, les auteurs appartenant à l'école positiviste hésitent encore à considérer les acteurs privés comme des sujets de droit international (plutôt que de simples objets)⁶⁰, malgré l'influence croissante de ces entités⁶¹ et le déclin considérable du pouvoir étatique⁶². L'une des

⁵⁸ Voir également les travaux du PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution sur la responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive*, 6 février 2013, en ligne : <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7-TA-20130050&type=TA&language=FR&redirect>>.

⁵⁹ August REINISCH, « The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors », dans Philip ALSTON (dir.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 37.

⁶⁰ Robert MCCORQUODALE, « Beyond State Sovereignty: The International Legal System and Non-State Participants », (2006) 8 *Int'l. L. Rev. Colomb.* 103, 122; Robert MC CORQUODALE, « An Inclusive International Legal System », (2004) 17 *Leiden J. Int. Law* 477; Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, préc., note 46, p. 61; Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 49.

⁶¹ Janne E. NIJMAN, « Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the Realist Theory of International Legal Personality », (2009)

principales raisons invoquées est l'objet original du droit international, qui est de réglementer les relations entre les États⁶³, tandis que d'autres mettent en doute la légitimité d'élargir le champ des sujets de droit international⁶⁴. Cette position est issue des doctrines allemande et italienne de la fin du XIX^e siècle ou du début du XX^e, qui voyaient l'État tel le seul acteur pertinent en droit international⁶⁵. Malgré cela, comme nous en traiterons plus bas, un certain nombre d'auteurs est favorable à l'adaptation de la notion de sujets de droit international à la société actuelle et à l'ouverture de la catégorie de sujets aux acteurs non étatiques⁶⁶.

Amsterdam Center for International Law 1, 4-5; Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, préc., note 46, p. 3.

⁶² Rafael DOMINGO, « The Crisis of International Law », (2009), 42 *Vand. J. Transnat'l L.* 1543, 1551; voir également : Guido ACQUAVIVA, « Subjects of International Law: A Power-based Analysis », (2005) 38 *Vand. J. Transnat'l L.* 345, 345; Martin VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 336-340.

⁶³ David KENNEDY, « International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion », (1998) 17 *QLR* 99, 99.

⁶⁴ Thomas M. FRANK, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 24; Daniel BODANSKY, « The Concept of Legitimacy in International Law », dans Rudiger WOLFRUM et Volker RÖBEN (dir.), *Legitimacy in International Law*, New York, Springer, 2008, p. 313-315.

⁶⁵ Voir : Jochen VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 15-43; Janne Elisabeth NIJMAN, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, La Haye, TMC Asser Press, 2004, p. 110-115; Jo Eric KUSHAL MURKENS, *From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 19; Reut Yael PAZ, *A Gateway between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of Jewish German-Speaking Scholars to International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 144-145.

⁶⁶ Roland PORTMANN, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 271; Joanna KYRIAKAKIS, « International Legal Personality, Collective Entities and International Crimes », dans Noemi GAL-OR, Cedric RYNGAERT et Math NOORTMANN (dir.), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place: Theoretical and Empirical Findings*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 83; Jörg KAMMERHOFER, « Non-State Actors from the Perspective of the Pure Theory of Law », dans Jean D'ASPREMONT (dir.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge,

Le fait que le droit international reste centré sur l'État peut s'expliquer ainsi :

[S]euls les États peuvent créer des règles de droit international par leurs pratiques coutumières et la conclusion de traités. En tant que tels, les États exercent le contrôle ultime pour déterminer le contenu du droit international. Ils sont les artisans du droit international, et c'est donc à eux de choisir d'attribuer certaines responsabilités directement aux entreprises, que ce soit par coutume ou par traité⁶⁷.

Aux États-Unis, le manque de règles internationales claires instaurant la responsabilité des entreprises a été repris par la Cour suprême de ce pays, celle-ci y voyant un indice du rejet de la communauté internationale quant à l'idée de soumettre des entreprises à des obligations de droit international. Cela a été notamment illustré dans l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*⁶⁸, dans laquelle la Cour suprême a déclaré que « les sources du droit international coutumier ont, à plusieurs reprises, explicitement rejeté l'idée de la responsabilité des personnes morales⁶⁹ ». Une argumentation identique a été reprise dans l'affaire *Jesner v. Arab Bank* en 2018 par la même Cour suprême⁷⁰.

De nombreuses réticences politiques ont freiné les efforts en vue d'établir un régime de responsabilité pour les entreprises en droit

2011, p. 54; Jörg KAMMERHOFER, « The Benefits of the Pure Theory of Law for International Lawyers, or: What Use is Kelsenian Theory », (2006) 12 *Int'l Legal Theory* 5, 5. Voir également : Jörg KAMMERHOFER, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, Londres, Routledge, 2011; Jean D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Jean D'ASPREMONT et Jörg KAMMERHOFER (dir.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁶⁷ Jennifer ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 262 (notre traduction).

⁶⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

⁶⁹ *Id.*, par. 148-149.

⁷⁰ *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 U.S. (2018), 16.

international⁷¹. Lors de l'élaboration des principes directeurs de l'ONU, le professeur Ruggie a affirmé qu'aucune responsabilité juridique directe des entreprises ne figurait dans les instruments de droit international tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, les deux pactes des Nations Unies ou encore les conventions de l'OIT⁷². C'est la raison pour laquelle les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme distinguent, dans le premier pilier, « le devoir de protéger » de l'État par rapport au second pilier relatif à la « responsabilité de respecter » qui s'adresse aux entreprises⁷³.

En doctrine, des auteurs se sont montrés très réticents quant à l'ouverture de la catégorie des sujets de droit international. En effet, certains estiment que les dirigeants utilisant les ressources de l'entreprise pour des activités qui ne sont pas axées sur les bénéfices de l'entreprise violent les droits des actionnaires, dont les intérêts doivent guider toutes les mesures prises par l'entreprise⁷⁴.

⁷¹ David KINLEY et Justine NOLAN, « Trading and Aiding Human Rights: Corporations in the Global Economy », (2007) 25 *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 353, 353; Larry CATA-BACKER, « Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law », (2006) 37-2 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 287.

⁷² CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. A/HRC/4/35, chap. III : « Responsabilité des entreprises pour d'autres violations des droits de l'homme en vertu du droit international ».

⁷³ Voir J. RUGGIE, préc., note 55, principe 11; voir de manière générale : Larry CATA-BACKER, « Private Actors and Public Governance beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board, and the Global Governance Order », (2011) 18 *Ind. J. Global Legal Stud.* 751; Lara CATA-BACKER, « Transnational Corporate Constitutionalism: The Emergence of a Constitutional Order for Economic Enterprises », 10 avril 2012, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=203808>>.

⁷⁴ Thomas M. JONES et Will FELPS, « Shareholder Wealth Maximization and Social Welfare: A Utilitarian Critique », (2013) 23-2 *Bus. Ethics Q.* 207. Voir, de manière générale, Lynn STOUT, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2012.

Partageant ces conceptions, l'économiste Nieh-hê Hsieh a fait valoir que les entreprises ne devraient pas avoir d'obligations en matière de droits de la personne car, en tant qu'acteurs privés, elles ne sont pas conçues pour assurer le bien-être de la société : « assigner des obligations en matière de droits de la personne aux multinationales revient à leur demander d'adopter une perspective d'impartialité [...] qui semble non seulement trop exigeante mais aussi incompatible avec ce qui est exigé des acteurs privés dans le contexte des activités économiques⁷⁵ ».

Pourtant, on assiste à un changement progressif du rôle reconnu et assigné aux entreprises. À dire vrai, par le passé, celles-ci se souciaient surtout de leur « valeur actionnariale » (*shareholders' value*) et de la maximisation de leurs profits. Cependant, les entreprises ont petit à petit compris l'importance de prendre en considération la valeur sociale et sociétale (*stakeholders' value*) de leurs activités relativement aux différentes parties prenantes (les travailleurs, les consommateurs, etc.)⁷⁶. Au Royaume-Uni par exemple, la *Companies' Act* de 2006 a notamment adopté le principe de l'actionnaire éclairé (*enlightened shareholder*), qui oblige les sociétés à tenir compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires dans la mise en œuvre de leurs stratégies commerciales⁷⁷. De même, en mai 2019, la France a modifié l'article 1833 de son code civil pour y intégrer la mention que l'entreprise doit être gérée « en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité⁷⁸ ». Ce changement dans la loi quant à la raison d'être des entreprises et à leurs obligations est révélateur de la prise de conscience progressive relativement à la nécessité d'imposer aux entreprises des obligations au

⁷⁵ Allen BUCHANAN, *The Heart of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 27 (notre traduction).

⁷⁶ Henry PETER et Guillaume JACQUEMET, « Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance : quelle corrélation? », (2015) 3 *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 170, 172-176.

⁷⁷ Joan LOUGHREY, Andrew KEAY et Luca CERIONI, « Legal Practitioners, Enlightened Shareholder Value and the Shaping of Corporate Governance », (2008) 8 *J. Corp. L. Stud.* 79, 86. Des dispositions similaires ont été adoptées en Inde en 2013 avec la *Companies Act* (adopté le 29 août 2013) : Nitin Pradeep KUMAR, « A Study of CSR Rules under Companies Act 2013 », (2014) *Asian J. of Multidiscip. Stud.* 142, 145.

⁷⁸ Art. 1833 C. civ. fr.

niveau social et environnemental ainsi que de leur rôle à jouer dans la promotion du développement durable.

B. Les arguments en faveur de l'intégration des acteurs de l'entreprise en tant que sujets de droit international

À l'origine, les entreprises n'ont pas été considérées comme des sujets de droit international. Cette situation tient au fait qu'elles dépendent des États pour obtenir et exercer leurs droits. En effet, une entreprise obtient généralement des droits du fait de ses liens avec un État en particulier (notamment parce que le siège de son administration y est situé ou parce que les personnes à sa tête en ont la nationalité)⁷⁹. La nationalité de l'entreprise lui confère alors certains droits, qui ne sont attribués qu'aux ressortissants de l'État⁸⁰. Par exemple, une entreprise qui possède la nationalité d'un État partie à un traité bilatéral d'investissement (TBI) acquiert des droits en vertu de ce dernier. Par conséquent, la possession d'une nationalité octroie aux entreprises commerciales le droit de bénéficier de la protection diplomatique de l'État dont elles ont la nationalité⁸¹.

Cependant, les entreprises peuvent également invoquer un certain nombre de règles de droit international, sans nécessairement avoir à demander l'intervention de leur État de nationalité. À n'en pas douter, la protection des individus au niveau international s'est considérablement développée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. De nos jours, de nombreuses règles internationales (traités ou coutumes) prévoient des droits au bénéfice des individus et des entreprises. Dans le domaine du droit international des droits de la personne, plusieurs traités internationaux comportent des droits pour les personnes privées, ce qui leur permet, en cas de violation par un État, de s'adresser à un mécanisme

⁷⁹ James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 528.

⁸⁰ *Id.*, p. 528-530.

⁸¹ Peter T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 705-707.

de plainte pour obtenir réparation⁸². À titre d'exemple, les entreprises ont pu présenter des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme en s'appuyant sur la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales*, mieux connue sous le nom de « Convention européenne des droits de l'homme⁸³ ».

Les entreprises peuvent aussi intervenir comme *amicus curiae* dans le cas de poursuites internationales⁸⁴ ou comparaître devant des groupes spéciaux d'arbitrage international⁸⁵. Néanmoins, la reconnaissance du *locus standi* devant un tribunal international ou régional ne signifie pas que les sociétés ont la pleine personnalité juridique au niveau international. Étant donné que les acteurs privés jouissent déjà de droits à l'échelle internationale et se sont vu imposer certaines obligations, notamment en vertu du droit pénal international, certains spécialistes en

⁸² Le Comité contre la torture du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme peut, par exemple, examiner des plaintes individuelles alléguant des violations des droits énoncés dans la *Convention contre la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants* par des États parties qui ont fait la déclaration nécessaire en vertu de son article 22. De même, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD du haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme peut examiner des pétitions individuelles alléguant des violations de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* par des États parties qui ont fait la déclaration nécessaire au titre de son article 14. Voir notamment Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21^e siècle, quelques propos iconoclastes », dans Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Rostane MEDI, *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 31.

⁸³ Marius EMBERLAND, *The Human Rights of Companies, Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 37-41.

⁸⁴ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp products*, Affaire n° AB-1998-4, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, par. 104 et suiv. (Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce).

⁸⁵ Voir généralement PUBLIC CITIZEN'S GLOBAL TRADE WATCH, « Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies », 6 mars 2015, en ligne: <<https://www.citizen.org/article/case-studies-investor-state-attacks-on-public-interest-policies/>>.

concluent que le droit international a la capacité d'imposer des obligations horizontales directes aux acteurs privés, en particulier aux entreprises⁸⁶.

Plusieurs auteurs ont plaidé en faveur de la reconnaissance de la qualité de sujet de droit international des entreprises, car ils considèrent qu'elle représenterait une évolution naturelle du droit international moderne⁸⁷. Les auteurs favorables à la reconnaissance des acteurs privés (y compris les entreprises) comme sujets de droit international s'appuient souvent sur le droit international des investissements et la jurisprudence arbitrale : ils invoquent le fait que, si des contrats peuvent être conclus entre un État et une société étrangère, cela suppose que les sociétés ont une personnalité juridique qualifiée⁸⁸.

Dans l'affaire *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*⁸⁹, le tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a ouvertement rejeté l'idée que l'investisseur, en tant qu'acteur non étatique, ne puisse être tenu à aucune obligation⁹⁰. Dans ce contexte, le tribunal arbitral a soutenu l'idée que les sociétés, en ce qu'elles bénéficient de plusieurs droits en vertu de traités bilatéraux d'investissement, sont assujetties au droit international et

⁸⁶ Voir Jakob Katz COGAN, « The Regulatory Turn in International Law », (2011) 52 *Harv. Int'l L.J.* 321.

⁸⁷ Voir Wolfgang FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, p. 230; voir de manière générale : Wolfgang FRIEDMANN, *The Extension of Subjects of International Law beyond the States*, La Haye, Académie de La Haye, Recueil des Cours, 1969, p. 121-124; David Adedayo IJALAYE, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, New York, Oceana, 1978, p. 221-246; voir, de manière plus générale, Math NOORTMANN et Cédric RYNGAERT (dir.), *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Londres, Routledge, 2016.

⁸⁸ Roland PORTMANN, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 125.

⁸⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, CIRDI, 8 décembre 2016, Affaire n° ARB/07/26.

⁹⁰ *Id.*, par. 1194.

peuvent également avoir des obligations en vertu de ce dernier⁹¹. Le tribunal arbitral a notamment fait référence à l'article 30 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et à l'article 5(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* pour établir que les parties privées sont pareillement tenues de respecter les droits de la personne⁹². Le tribunal arbitral a donc semblé reconnaître à cette occasion que les personnes privées (y compris les investisseurs et les entreprises) peuvent être considérées comme des sujets de droit international⁹³.

Rosalyn Higgins qualifie de chimérique la distinction entre « sujets » et « objets » de droit international⁹⁴. En effet, elle affirme que les entreprises transnationales sont d'importants acteurs dans les systèmes juridiques internationaux et elle soutient que celles-ci devraient, à ce titre, jouer un rôle dans l'élaboration des normes du droit international. Par conséquent, Rosalyn Higgins considère que les entreprises ne peuvent pas ignorer les règles de droit international relatives à la protection des droits de la personne.

L'argument de la morale est souvent avancé par les auteurs en faveur de l'application des normes internationales aux entreprises⁹⁵. Suivant la même tendance, Denis Arnold ajoute que les droits de la personne sont universels, invoquant l'article 30 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, ce qui devrait donc entrer parmi les considérations retenues par les entreprises.

Comme l'a indiqué le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, « [l]es sociétés nationales et autres entreprises ont la responsabilité

⁹¹ *Id.*, par. 1195.

⁹² *Id.*, par. 1196-1197.

⁹³ Voir également la décision *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, CIRDI, 18 septembre 2018, Affaire n° UNCT/15/3, par. 737-742.

⁹⁴ R. HIGGINS, préc., note 60, p. 39-49.

⁹⁵ Stephen J. KOBIN, « Private Political Authority and Public Responsibility: Transnational Politics, Transnational Firms and Human Rights », (2009) 19-3 *Bus. Ethics Q.* 349, 351; George G. BRENKERT, *Corporate Integrity Accountability*, Thousand Oaks, SAGE Publishing, 2004, p. 288-289; Thomas DONALDSON, *Corporations and Morality*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1982.

de respecter les droits de l'homme [...] et la capacité de favoriser le bien-être économique⁹⁶ ». Par conséquent, invoquer le fait que les entreprises n'ont pas été créées à l'origine pour entreprendre des activités sociales ne peut en aucun cas légitimer les violations des droits de la personne commises par les entreprises. Même si ces dernières n'ont pas la capacité des États pour exercer un pouvoir sur l'ensemble d'un territoire, elles disposent cependant d'une sphère d'influence leur permettant d'avoir le contrôle sur un nombre important de personnes. Il est donc légitime de leur imposer certains devoirs. La nature privée des sociétés ne doit pas servir de prétexte pour les exonérer de toutes leurs responsabilités⁹⁷.

Les entreprises ont certes principalement une vocation économique. Toutefois, la production et la réalisation de profits ne sauraient écarter des considérations morales majeures, telle l'incidence qu'ont leurs activités sur les populations ou l'environnement⁹⁸. Les systèmes juridiques, y compris le système de droit international public, se doivent donc d'intégrer ces considérations éthiques et de les promouvoir. La reconnaissance de sujets secondaires de droit international comprenant les entreprises serait une décision efficace à cette fin.

⁹⁶ Voir le CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant concernant les droits de l'homme pour les sociétés transnationales et autres entreprises*, Rés. 26/9, 26^e sess., Doc. N.U. A/HRC/26/L.22/Rev.1, préambule.

⁹⁷ David BILCHITZ, « Corporate Obligations and a Treaty on Business and Human Rights: A Constitutional Law Model? », dans Surya DEVA et David BILCHITZ (dir.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 205-206; W.M. GREENFIELD, « In the Name of Corporate Social Responsibility », (2004) 47-1 *Business Horizons* 19, 19-28.

⁹⁸ Pour une discussion plus poussée sur la question, voir : Ivan TCHOTOURIAN, « Les entreprises ont-elles une responsabilité morale? », *Les blogues de Contact de l'Université Laval*, 2017, en ligne : <http://www.contact.ulaval.ca/article_blogue/les-entreprises-ont-elles-une-responsabilite-morale/>; Howard ROTHMANN BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Ann Arbor, Harper & Brothers, 1953; Claude CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2013; Kathia MARTIN-CHENUT et René de QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone, 2016.

Les entreprises ont tout intérêt à prendre en considération les incidences sociales et environnementales de leurs activités. Cet aspect fait partie des revendications croissantes de la société civile à leur endroit⁹⁹. Comme chacun le sait, la réputation d'une entreprise compte parmi ses atouts les plus précieux. La prise en considération des principes de responsabilité sociale par les entreprises les amène donc à gagner en respectabilité et en crédibilité auprès de leurs clients et de leurs investisseurs¹⁰⁰. Ainsi, l'intégration de la responsabilité sociale permettrait de mieux faire correspondre les pratiques des entreprises aux attentes du grand public.

Conclusion

À ce jour, les États ont toujours eu le statut de sujets de droit international premiers. Néanmoins, au regard de l'évolution de la société, nous ne pouvons nier qu'il existe également des sujets de droit international secondaires. En ce sens, des obligations juridiques internationales ont été progressivement reconnues à des entités autres que les seuls États.

Comme nous l'avons vu, la CIJ a lancé ce processus, en reconnaissant la personnalité juridique des organisations internationales. Parallèlement, les obligations conférées aux individus, de même que leur accès aux instances internationales dans le domaine pénal, confirment

⁹⁹ Peter FORSTMOSER, « Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft », dans Nedim Peter VOGT et autres (dir.), *Unternehmen – Transaktion – Recht, Festschrift für Rolf Watter*, Zurich, Dike Verlag, 2008, p. 204; Klaus LEISINGER, « Menschenrechte als unternehmerische Verantwortungsdimension », dans Arnd HARDTKE et Annette KLEINFELD, *Gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen – Von der Idee der Corporate Social Responsibility zur erfolgreichen Umsetzung*, Hamburg, Gabler Verlag, 2010, p. 127.

¹⁰⁰ Roman BRETSCHGER, *Unternehmen und Menschenrechte – Elemente und Potenzial eines informellen Menschenrechtsschutzes*, ZÜRICH, Schulthess, 2010, p. 55; Hans Caspar VON DER CRONE, « Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft », (2000) *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 239, 271.

l'idée que les règles de droit international ne sont pas uniquement applicables aux États.

Outre les individus, les entreprises se sont vu progressivement imposer des obligations dans le domaine de l'énergie par l'entremise de différents traités de droit international¹⁰¹. Ainsi, les obligations conférées expressément aux États pourraient aussi être imposées à d'autres acteurs privés, dont les entreprises, dans le domaine des droits de la personne. Il ne dépend donc que de la volonté des premiers d'accepter d'accorder aux secondes une capacité juridique internationale limitée par l'intermédiaire des traités internationaux qu'ils adoptent.

Le statut des entreprises en tant que sujets de droit international public susceptibles d'être responsables d'obligations dans le domaine des droits de la personne n'est pas encore clairement établi. Toutefois, il mériterait de l'être. La reconnaissance des sociétés en tant que sujets de droit international représenterait un progrès significatif pour contraindre les entreprises à respecter les droits de la personne et les normes environnementales fixées par les instruments du droit international. Pourtant, une certaine réticence continue à s'exercer à l'encontre de l'actualisation de la notion de sujet de droit international.

Un exemple récent à cet égard se trouve dans le premier projet d'instrument juridiquement contraignant des Nations Unies en vue de réglementer les sociétés multinationales. En effet, le projet, dans sa formulation actuelle, ne prévoit pas l'établissement d'obligations directes pour les sociétés¹⁰². Cette situation s'explique probablement par une

¹⁰¹ Voir notamment *supra*, notes 50, 51 et 52.

¹⁰² Voir OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, 3^e sess., Doc. N.U. ZERO DRAFT 16.7.2018 (16 juillet 2018), en ligne : <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>>. Voir également Charlie HOLT, Shira STANTON et Daniel SIMONS, « The Zero Draft Legally Binding Instrument on Business and Human Rights: Small Steps along the Irresistible Path to Corporate Liability », *Greenpeace*, [Blogue], 15 septembre 2018, en ligne : <<https://www.greenpeace.org/international/story/18581/zerodraft-human-rights->

absence de volonté politique générale de la part des gouvernements de reconnaître les sociétés comme sujets de droit international public.

Malgré tout, une telle reconnaissance aurait une incidence significative, notamment dans le contexte des jurisprudences nationales. À l'évidence, des tribunaux nationaux invoquent l'inexistence d'obligations au niveau international invocables à l'encontre des entreprises pour justifier leurs décisions de ne pas tenir responsables certains groupes d'entreprises¹⁰³.

Comme l'a souligné à juste titre Rosalyn Higgins, la distinction entre « sujets » et « objets » du droit international relève du mythe juridique. Il semble donc temps d'adapter ce mythe aux défis actuels posés par les activités économiques de la société contemporaine afin d'éviter le règne d'une certaine impunité et ainsi d'assurer une application cohérente des normes internationales à tous les acteurs de la scène internationale, y compris à l'endroit des entreprises multinationales.

Le 28 février 2020, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*¹⁰⁴, a rendu une décision encourageante, porteuse d'espoir pour l'avenir. En effet, la Cour suprême a considéré qu'il n'y avait aucun obstacle « qui écarte la possibilité qu'une réclamation soit présentée contre une société canadienne pour des violations dans un ressort étranger du droit international coutumier, et encore moins du *jus cogens*¹⁰⁵ ». Dans la même décision, elle a de cette

corporate-accountability/»; Nadia BERNAZ, « The Draft UN Treaty on Business and Human Rights: The Triumph of Realism over Idealism », *Business & Human Rights Resource Centre*, en ligne : <<https://www.business-humanrights.org/en/the-draft-un-treaty-on-business-and-human-rights-the-triumph-of-realism-over-idealism>>.

¹⁰³ Voir la décision récente de la Cour suprême des États-Unis : *Jesner v. Arab Bank*, préc., note 70, p. 16; *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, préc., note 68, par. 119; voir également *John Doe I v. Exxon Mobil Corp.*, Civil No. 01-1357 (RCL), (D. D.C., 2015), par. 26-27. En France, voir : Cour d'appel de Versailles, 3^e chambre, 22 mars 2013, n° 11/05331, *Association France-Palestine Solidarité 'AFPS' c. Société Alstom Transport*.

¹⁰⁴ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 122.

façon reconnu que le droit international coutumier fait automatiquement partie de la common law canadienne¹⁰⁶, ce qui peut ainsi conduire à la responsabilité de personnes privées sur la base des règles de droit international public¹⁰⁷. Bien que la Cour suprême ne se soit pas prononcée sur le fond de cette affaire¹⁰⁸, elle ouvre avec cette décision la voie vers une reconnaissance des personnes privées comme sujets de droit international. L'avenir dira si cette première ouverture sera confirmée par la jurisprudence.

¹⁰⁶ *Id.*, par. 90 : « le Canada a suivi pendant longtemps la voie conventionnelle de l'incorporation du droit international coutumier au droit interne par application de la doctrine de l'adoption, faisant de celui-ci une partie de la *common law* canadienne, sauf disposition législative contraire ».

¹⁰⁷ *Id.*, par. 107 : « [L]e droit international a tellement pris de l'ampleur [...] qu'il n'existe plus aucune raison valable de restreindre l'application du droit international coutumier aux rapports entre les États. Au cours des 70 dernières années, nous avons assisté à une prolifération de lois relatives aux droits de la personne qui ont transformé le droit international et fait de l'individu une partie intégrante de ce domaine juridique. »

¹⁰⁸ Il appartient à présent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de juger le fond de cette affaire.

Les concepts de patrimoine et de personnalité juridique à l'épreuve de la crise écologique : limites et perspectives

par Touwendé Roland OUÉDRAOGO*

La crise écologique a suscité plusieurs théories et concepts qui se disputent sa résolution. Alors que certains concepts ont émergé avec cette crise, d'autres se sont inspirés de concepts juridiques préexistants, tout en les remodelant. C'est le cas notamment, dans cet aspect, des concepts de patrimoine commun de l'humanité, de patrimoine mondial de l'Unesco, de patrimoine commun de la Nation, et de droits de la Nature. Ces concepts apparaissent à l'analyse comme un remodelage des concepts juridiques de personnalité juridique et de patrimoine eu égard aux impératifs de la crise écologique. Cependant, il y a lieu de se demander si ces réformes des concepts juridiques de personnalité juridique et de patrimoine en droit international et dans des cadres juridiques nationaux, aux fins de la protection environnementale, sont efficaces pour préserver et conserver des éléments de l'environnement et en assurer une protection optimale. Autrement dit, les concepts de patrimoine commun de l'humanité, de patrimoine mondial de l'Unesco, de patrimoine de la Nation et de droits de la Nature permettent-ils de résoudre la crise écologique? Si non, quelles sont les perspectives à cet égard? Le présent article s'inscrit dans le sillage de la reconnaissance des droits environnementaux et du droit à un environnement sain et a pour objet de démontrer l'inadéquation de ces concepts internationaux et nationaux lorsqu'il est question de résoudre la crise écologique, et ce, en raison de leur fondement sur une conception erronée du rapport de l'humain à la nature et sur un ordre politico-social insuffisamment écologiste; finalement, quelques perspectives seront suggérées.

* Candidat au doctorat en droit à l'UQAM et chargé de cours à l'UQAM et à l'Université de Montréal.

The ecological crisis has given rise to various theories and concepts aimed at its resolution. Some of these tools emerged during the current crisis; others pre-date it and seek to repurpose, existing legal concepts. Concepts such as the common heritage of Mankind, UNESCO world heritage, the common heritage of the Nation, and Nature rights are particularly important in this context. Those concepts adapt the well-established concepts of legal personality and heritage to meet the exigencies of the ecological crisis. However, it is questionable whether such adaptations or reforms of the legal concepts of legal personality and heritage in international law as well as specific domestic laws for environmental protection, are well-fitted to preserve certain aspects of the environment and to ensure optimal protection. In other words, do concepts such as the common heritage of humankind, UNESCO world heritage, the heritage of the Nation, Nature rights offer a solution to the ecological crisis? If not, what does the future hold? This article calls for the recognition of environmental rights and the right to a healthy environment. It seeks to show the inadequacy of the existing conceptual framework, at international and national level, for the purpose of solving the ecological crisis. The guiding concepts in this area of environmental law, it is argued, are based on a misunderstanding of the relationship between Mankind and Nature. They are the product of a society and a political system where insufficient emphasis is placed on matters ecological. The study concludes with some suggestions for law reform in this area.

SOMMAIRE

Introduction	281
1. Les tentatives d’extension des titulaires de droits et de biens environnementaux : un remodelage des concepts de patrimoine et de personnalité juridique	285
1.1 Le remodelage à l’échelle internationale	286
1.1.1 <i>Le patrimoine commun de l’humanité</i>	286
1.1.2 <i>Le patrimoine mondial de l’UNESCO</i>	292
1.2 Le remodelage dans les ordres internes	295
1.2.1 <i>Des entités abstraites, garantes de la protection de certaines ressources de l’environnement?</i>	295
1.2.2 <i>La nature, titulaire de droits?</i>	300
2. La nécessité d’un changement d’ordre ontologique et politico-social : au-delà des concepts juridiques	308
2.1 La nécessité d’un changement du rapport de l’humain à la nature	310
2.2 La nécessité d’un nouvel ordre politico-social écologiste	316
Conclusion	319

Introduction

Depuis la « révolution environnementale », dite « ère écologique¹ », des années 60, plusieurs questions et problématiques liées aux rapports entre l'humain et la nature, d'une part, et à la protection de l'environnement, d'autre part, ont été examinées dans bon nombre de disciplines telles que le droit, les sciences naturelles, la science politique, l'anthropologie, l'économie, la sociologie, la philosophie ou l'histoire.

L'incidence de cette révolution et les conséquences de la crise écologique sous-jacente ont été telles que François Roch, par exemple, s'interroge sur l'éventualité d'une possible nouvelle *rupture historique* à l'instar de celles qui ont été réalisées par les révolutions néolithiques et industrielles, à travers l'émergence d'« un nouvel ordre écologique² » et surtout la nécessité d'un paradigme de développement inédit³. D'ailleurs, l'une des manifestations les plus illustratives de cette révolution environnementale est l'intérêt international qu'elle a suscité sur le plan juridique : l'émergence du droit international de l'environnement n'est-elle pas assez éloquente à ce propos⁴?

¹ Sophie LAVALLÉE « Droit international de l'environnement », dans Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Droit de l'environnement*, JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », Montréal, LexisNexis Canada, 2014, à jour au 21 juillet 2019, p. 1, à la p. 17 (n° 10).

² Nadia BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique?*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

³ François ROCH, *Vers un nouveau paradigme en matière de développement?*, t. 1, Saarbrücken, Presse académique française, 2013, p. 7, rappelle dans sa thèse les deux grandes *ruptures historiques* causées par les révolutions néolithiques et industrielles qui ont façonné l'histoire du développement : d'une part, le passage d'une économie paléolithique structurée autour de la chasse, de la pêche et de la cueillette à une économie organisée autour de l'agriculture et de l'élevage; d'autre part, le passage d'une société agraire et paysanne à une société industrielle et urbanisée. Il formule l'hypothèse d'une troisième révolution en cours, qu'il qualifie de *planétaire*, et qui ferait émerger un nouveau paradigme de développement. Celui-ci serait la résultante d'une dialectique à la fois entre les modèles anthropocentriste et biocentriste et entre les modèles capitalistes et alternatifs de développement.

⁴ En effet, « si Stockholm a été le moment de l'identification du domaine du droit international de l'environnement, c'est à Rio que celui-ci est devenu, pour employer une image, « un droit adulte » » : Pierre-Marie DUPUY et Jorge E. VIÑUALES, *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 34. Par ailleurs, le développement par le droit international de

Au demeurant, en dépit des affaires des *Otaries de la mer de Behring* (Royaume-Uni c. États-Unis)⁵, de la *Fonderie de Trail* (États-Unis c. Canada)⁶ et du *Lac Lanoux* (Espagne c. France)⁷, qui illustrent l'approche ancienne en matière de réglementation des problématiques environnementales, laquelle reposait sur le triptyque « exploitation de certaines espèces ou ressources, traitement des dommages transfrontaliers et utilisation des cours d'eau partagés », une démarche plus moderne et systématique quant à cette discipline est actuellement en pleine expansion. On pourrait citer en illustration des théories qui combinent environnement et cadre théorique des droits humains, environnement et conflit armé, environnement et commerce international, pour ne mentionner que celles-là, avec toute la jurisprudence y relative⁸.

Cette réglementation moderne des questions environnementales, portée sur les fonts baptismaux par la *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, dite « Déclaration de Stockholm⁹ », alimente encore des débats doctrinaux, notamment dans son volet international et plus particulièrement lorsqu'il est question de s'aventurer, du point de vue de la conceptualisation, au-delà du « droit de l'environnement » pour explorer « le(s) droit(s) à l'environnement ». On pourrait par exemple s'interroger sur la titularité du *droit à l'environnement* : qui en est le bénéficiaire ou le titulaire dans la mesure où les propositions en la matière en constituent l'originalité et ont inspiré d'une certaine façon cette réflexion?

l'environnement de certains concepts montre bien l'intérêt suscité par la révolution environnementale sur le plan juridique.

⁵ *Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure, décision du 15 août 1983*, XXVIII N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, p. 263-276.

⁶ *Affaire de la Fonderie de Trail, décision du 11 mars 1941*, III N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, p. 1905-1982.

⁷ *Affaire du Lac Lanoux, décision du 16 novembre 1957*, XII N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, p. 281-317.

⁸ À propos de ces nouvelles approches, voir Jean-Maurice ARBOUR et autres, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016.

⁹ *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Doc. N.U. A/CONF.48/14/Rev.1.

En effet, que l'on parle d'étendre la titularité de biens environnementaux – sous forme de patrimoine – à l'humanité ou d'attribuer des droits à la Nature elle-même, ce sont les concepts juridiques de patrimoine et de personnalité juridique qui seraient ainsi remodelés eu égard aux impératifs de la crise écologique¹⁰. Il en est de même lorsqu'on se réfère au patrimoine commun d'une nation dont l'État serait le gardien ou le fiduciaire ou encore quand on fait référence au patrimoine mondial de l'Unesco. Ce serait alors une « attitude réformiste face au monde », laquelle s'opérationnaliserait au moyen du droit. En fait, selon Andreu Solé, les humains peuvent adopter trois attitudes devant leur monde : conservatrice, réformiste ou révolutionnaire¹¹. Les concepts de patrimoine commun de l'humanité, de patrimoine mondial de l'Unesco, de patrimoine commun de la Nation et de droits de la Nature envisagés ici comme tentatives de remodelage des concepts de patrimoine et de personnalité juridique pourraient être appréhendés telles des réformes du droit (international et national) et seront ainsi analysés dans notre étude.

Cependant, il y a lieu de se demander si ces réformes sont efficaces pour préserver et conserver des éléments de l'environnement et en assurer une protection optimale. Autrement dit, les concepts de patrimoine commun de l'humanité, de patrimoine mondial de l'Unesco, de patrimoine de la Nation et de droits de la Nature permettent-ils de résoudre la crise écologique? Si non, quelles perspectives convient-il d'envisager? L'humanité ou la Nature investie de droits serait-elle une solution à la crise écologique et à ses conséquences?

¹⁰ Faut-il le rappeler, les concepts de personnalité juridique et de patrimoine sont traditionnellement associés aux personnes physiques ou morales en droit. C'est en cela que parler de patrimoine de l'humanité ou de droit de la Nature est un remodelage de ces concepts, parce que ni l'humanité ni la Nature n'ont été originellement associées aux personnes (physiques ou morales) en droit.

¹¹ Andreu SOLÉ, « Développement durable ou décroissance? Le point aveugle du débat », dans Yves-Marie ABRAHAM, Louis MARION et Hervé PHILIPPE (dir.), *Décroissance versus développement durable. Débats pour la suite du monde*, coll. « Théorie », Montréal, Écosociété, 2011, p. 14, à la page 15.

Notre article s'inscrit dans le sillage de la reconnaissance des droits environnementaux¹² et du droit à un environnement sain¹³ avec une focalisation sur la tentative d'extension de la personnalité juridique et des éventuels titulaires desdits droits ou des biens environnementaux, d'une part, et sur la tentative de réforme du concept de patrimoine par son usage en droit international et national à travers le développement des concepts de patrimoine commun de l'humanité, de patrimoine mondial de l'Unesco et de patrimoine commun de la Nation, d'autre part. Notre but est de démontrer l'inadéquation de ces concepts lorsqu'il est question de résoudre la crise écologique, et ce, en raison de leur fondement reposant sur une conception erronée du rapport de l'humain à la nature et sur un ordre politico-social insuffisamment écologiste. Nous suggérerons finalement quelques perspectives.

Ainsi, nous examinerons d'abord les tentatives d'extension du concept de la personnalité juridique, en l'attribuant à l'humanité et à la Nature, à travers les concepts de patrimoine commun de l'humanité et de droits de la Nature. Puis nous considérerons la mise en patrimoine de certains éléments physiques et culturels dans le contexte de l'Unesco et au profit d'entités comme la Nation au titre des tentatives d'extension du

¹² *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998, R.T.N.U. n° 37770 (signée à Aarhus au Danemark, le 25 juin 1998, par 39 pays appartenant à la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU)) (ci-après « Convention d'Aarhus »).

¹³ Nous visons ici tout droit à l'environnement qu'il soit qualifié de sain, de propre, de sûr, d'équilibré écologiquement, etc. D'ailleurs, cette terminologie – droit à un environnement sain –, semble être la plus consensuelle. Voici ce qu'écrit à ce sujet Sumudu ATAPATTU, « The Right to a Healthy Life or the ^[1]Right to Die Polluted? The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law », (2002) 16 *Tul. Env'tl. L.J.* 65, 111:

With regard to the parameters of the right, it is submitted that the right to a *healthy* environment provides the better formulation. Besides being easier to establish, it has the advantage of being flexible to suit each situation. Claimants need only establish that the activity in question resulted in creating an unhealthy environment for him/her to live in. They do not need to establish damage to their health or well-being at that point.

concept de patrimoine (partie 1). Après avoir relevé quelques limites de ces réformes juridiques aux fins de la protection environnementale, nous verrons à repenser carrément le rapport de l'être humain à la nature et à l'ordre politico-social, seuls gages et conditions d'une meilleure protection environnementale (partie 2). Notre réflexion se fera au moyen d'un cadre théorique interdisciplinaire convoquant à la fois le droit et l'anthropologie, de façon à combler les lacunes du premier par les perspectives de la seconde : plus précisément, nous tenterons de parfaire le réformisme juridique en le complétant par un « révolutionnisme » juridique s'inspirant de considérations anthropologiques, voire philosophiques.

1. Les tentatives d'extension des titulaires de droits et de biens environnementaux : un remodelage des concepts de patrimoine et de personnalité juridique

Bien que les concepts de patrimoine et de personnalité juridique soulèvent des enjeux très différents, à ce jour, on peut distinguer deux niveaux de tentatives de remodelage de ces deux concepts de façon entremêlée et imbriquée : la tentative d'extension de la titularité des droits ou des biens environnementaux, ou des deux à la fois, en vue de protéger l'environnement.

La première tentative se situe dans l'ordre international et cherche à protéger des espaces, des entités ou des éléments constituant un patrimoine commun ou mondial en les plaçant sous la titularité de l'humanité. À cette entreprise, on pourrait adjoindre la mise en patrimoine de certains éléments naturels et culturels dans le contexte de l'Unesco (1.1). Dans la même logique de protection environnementale, des législations internes – seconde tentative – ont tout récemment soit accordé la personnalité juridique à la Nature¹⁴ ou à certains de ses éléments¹⁵, soit mis en patrimoine des

¹⁴ *Constitución de la República del Ecuador*, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵ Pensons spécialement à l'accord conclu entre le gouvernement de la Nouvelle-Zélande et les représentants des tribus maories qui vivent le long du fleuve Whanganui.

ressources de la Nature au profit d'une entité abstraite : la Nation¹⁶. Il semble opportun d'apprécier également la teneur de ces nouvelles législations nationales (1.2).

1.1 Le remodelage à l'échelle internationale

La personnalité juridique est l'« aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations ¹⁷ ». À l'échelle internationale, la tentative d'extension du concept de personnalité juridique à une entité abstraite – l'humanité – aux fins de protection environnementale s'est forgée sur la technique de mise en patrimoine par l'entremise de déclarations conventionnelles¹⁸, d'où l'imbrication des deux concepts dans ce domaine.

D'ailleurs, en droit international, le concept même de patrimoine a « deux utilisations concurrentes au contenu différencié » : celui de patrimoine commun de l'humanité découlant de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* du 10 décembre 1982¹⁹ (1.1.1) et celui de patrimoine mondial de l'Unesco en vertu de la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* du 23 novembre 1972 (1.1.2). Ces deux tentatives d'extension des concepts de personnalité juridique et de patrimoine à d'autres entités ou espaces pour protéger l'environnement seront successivement examinées.

1.1.1 Le patrimoine commun de l'humanité

En droit interne, notamment dans le système romano-germanique, plus précisément en droit français, le concept de patrimoine fait l'objet d'une double approche. La première, dite civiliste, est défendue par Charles

¹⁶ Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés, RLRQ, c. C-6.2.

¹⁷ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « Personnalité juridique », p. 819.

¹⁸ Paule HALLEY (dir.), *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien : aspects juridiques, nationaux, transnationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la p. X.

¹⁹ Sylvie PAQUEROT, « Les patrimoines en droit international public : portée et limites », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, p. 19, aux p. 22-26.

Aubry et Frédéric-Charles Rau : elle renvoie à l'ensemble des biens et des obligations d'une personne envisagés comme une universalité de droits²⁰. La seconde est qualifiée de publiciste, avec la notion d'affectation à l'intérêt général comme pierre angulaire²¹. Cette distinction ne semble pas exister en droit international où le concept est généralement et invariablement suivi des épithètes « architectural, commun, culturel et naturel²² ».

Le concept de bien ou de patrimoine commun a une origine aussi lointaine que le droit romain et ses distinctions entre *res nullius*, *res communis* et *res derelictae*²³. Ce rappel de l'origine du concept est important dans la mesure où, en droit romain, l'idée de patrimoine collectif était présente et dans la mesure où cette idée est en quelque sorte reprise ici dans le but de protéger l'environnement, conçu comme « notre patrimoine commun²⁴ ». La paternité du concept de patrimoine commun de l'humanité est attribuée à Arvid Pardo, ambassadeur de Malte, qui l'a proposé en 1967 à l'Assemblée générale des Nations Unies, en ce qui concerne les fonds des mers²⁵, avant que son champ d'application s'étende par la suite aux autres « ressources communes situées dans les espaces internationaux²⁶ ».

²⁰ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 6, Paris, Marchal et Billard, 1873, aux p. 229 et suiv.

²¹ Jacqueline MORAND-DEVILLER, « L'environnement, notre patrimoine commun quelle gouvernance? Quelles obligations pour l'État gardien? », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, p. 3, à la p. 7.

²² J. SALMON, préc., note 17, p. 809-812, s.v. « Patrimoine ».

²³ J. MORAND-DEVILLER, préc., note 21, à la p. 7; Paule HALLEY et Christine GAGNON, « Les réformes du droit de l'eau au Québec : un patrimoine commun et son État gardien », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, p. 225, à la p. 228; Raphaëlle GROULX-JULIEN, « Les obligations fiduciaires de l'État pour la protection de l'environnement », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, p. 301, à la p. 305.

²⁴ P. HALLEY, préc., note 18.

²⁵ S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 24; François-Xavier FORT, « L'État fiduciaire et l'obligation de protéger l'environnement », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 164; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale*, Doc. N.U. A/RES/2749(XXV).

²⁶ S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 22.

En droit international – conventionnel – cependant, le concept de patrimoine commun de l’humanité est apparu vers le début des années 70²⁷ et au début des années 80²⁸ à l’instigation des pays en développement : il s’applique aux espaces qui ne relèvent d’aucune souveraineté étatique²⁹. Le concept peut renvoyer à deux acceptions en droit international : « [un] espace ou [des] biens appartenant à l’humanité tout entière et, partant, soustraits à l’appropriation exclusive des États³⁰ » ; « [un] espace dont l’utilisation obéit à un régime international d’exploitation au profit de l’humanité tout entière par une entité distincte des États³¹ ». La seconde acception résulte du mécanisme institué par la partie XI de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* à propos de la « Zone » et de son exploitation. En outre, il semble que « [l]’essentiel du concept réside dans la conservation et la transmission de la nature à l’humanité future, et cela, indépendamment de toute question de souveraineté et de droit de propriété³² ».

Dans son contenu, le concept renvoie à certains éléments qui sont hors souveraineté nationale tels que les fonds des mers et des océans (la Zone)³³, la lune et les autres corps célestes³⁴ :

²⁷ *Accord régissant les activités des États sur la lune et les autres corps célestes*, 18 décembre 1979, (1984) 1363 R.T.N.U. (n° 23002); S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 23.

²⁸ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, (1994) 1834 R.T.N.U. 3 (n° 31363); S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 23.

²⁹ Antonio CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 391.

³⁰ J. SALMON, préc., note 17, p. 810.

³¹ *Id.*

³² Fr.-X. FORT, préc., note 25, à la p. 166. Voir aussi Yaëll EMERICH et Alexis HUDON, « Les assises conceptuelles du droit de l’environnement en droit des biens : entre patrimoine collectif et relation fiduciaire », (2017) 47 *R.G.D.* 519, 548; Alexandre-Charles KISS, *La notion de patrimoine commun de l’humanité*, Buffalo, William S. Hein & Co, 1982, p. 229.

³³ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, préc., note 28, art. 136 : « La Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l’humanité. »

³⁴ *Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes*, préc., note 27, al. 11 (1) : « La lune et ses ressources constituent le patrimoine commun de l’humanité qui trouve son expression dans les dispositions pertinentes du présent Accord. »

[Néanmoins, il est évoqué] pour l'Antarctique, sa faune et sa flore; revendiqué et contesté pour l'orbite géostationnaire; sous-entendu pour le spectre des fréquences radioélectriques; refusé pour l'atmosphère et la biodiversité; revendiqué pour l'environnement et la biosphère; limité à son « sens symbolique » pour qualifier le génome humain³⁵.

Par ailleurs, dans son chapitre sur les formes de réalisation du concept de « patrimoine commun de l'humanité », Alexandre-Charles Kiss aborde comme éléments constitutifs du concept : l'Antarctique, le spectre des fréquences radioélectriques, l'espace extra-atmosphérique et les corps célestes, le patrimoine culturel (patrimoine archéologique et artistique), le patrimoine naturel (espèces et espaces sauvages), les autres éléments essentiels de la biosphère tels que la couche d'ozone, le climat global, le patrimoine génétique de même que les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la compétence nationale³⁶.

Les éléments constituant le patrimoine commun de l'humanité ont quatre caractéristiques : la non-appropriation exclusive, l'utilisation à des fins pacifiques, l'exploitation dans l'intérêt de l'humanité et la gestion supra-étatique³⁷. S'agissant du lien entre ce concept et la crise écologique, il faut noter ceci avec François-Xavier Fort :

Le concept juridique de patrimoine commun induit la reconnaissance de l'environnement en tant qu'ensemble de ressources naturelles susceptibles d'épuisement ou de destruction; une gestion durable de l'environnement doit en conséquence être initiée, ce qui implique une responsabilité de type écologique³⁸.

Malheureusement, le rapport naturaliste dominant de l'humain à l'égard de l'environnement et les idéologies dominantes de l'ordre sociopolitique mondial ne permettent pas l'ancrage d'une telle « responsa-

³⁵ S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 28.

³⁶ A.-Ch. KISS, préc., note 32, p. 135 et suiv.; Alexandre-Charles KISS, « The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality? », (1985) 40 *Int'l J.* 423.

³⁷ P. HALLEY, préc., note 18, à la p. 8; A.-Ch. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, préc., note 32, p. 225.

³⁸ Fr.-X. FORT, préc., note 25, à la p. 168.

bilité de type écologique », pas plus que cette dernière n'autorise une gestion supra-étatique de type écologiste. De ce fait, le concept de patrimoine commun de l'humanité a reçu plusieurs qualificatifs, tels que « notion transcendante³⁹ », « slogan politique⁴⁰ » ou « concept philosophique⁴¹ », et est considéré par certains comme ayant simplement le caractère de principe philosophique ou politique⁴² en raison de ses fondements philosophiques⁴³. En outre, le concept même de patrimoine commun de l'humanité est handicapé par une infirmité congénitale : l'absence de personnalité juridique de l'humanité⁴⁴ qui fait tout bonnement de ce concept un simple vœu pieux, une fiction juridique, « c'est-à-dire une feinte, une construction de l'esprit, un artifice en rupture avec la réalité concrète, mais un mensonge créateur, destiné à produire des effets de droit⁴⁵ ». D'ailleurs, la fiction juridique paraît clairement inopérante dans ce cas précis, car les effets de droit à produire peinent à juguler la crise écologique qui perdure.

³⁹ René-Jean DUPUY, « The Notion of the Common Heritage of Mankind-applied to the Seabed », (1983) 8 *Annals Air and Space Law* 347, 348.

⁴⁰ W.A. KEWENIG, « The Common Heritage of Mankind – A Political Slogan or a Key Concept of International Law? », (1981) 24 *Law and State* 7.

⁴¹ David S. MYERS, « Is there a Common Heritage of Mankind? », (1990) 33 *Proc. on L. Outer Space* 335, 335.

⁴² Stephen GOROVE, « The Concept of Common Heritage of Mankind: A Political, Moral or Legal Innovation? », (1972) 9 *San Diego L. Rev.* 390, 402; Stanley B. ROSENFELD, « Solar Energy and the Common Heritage of Mankind », (1978) 21 *Proc. on L. Outer Space* 58, 60; A.-Ch. KISS, préc., note 32, p. 225.

⁴³ Kemal BALSAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 7.

⁴⁴ Jean CHARPENTIER, « L'humanité : un patrimoine, mais pas de personnalité juridique », dans Michel PRIEUR et Claude LAMBRECHTS (dir.), *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 17, à la p. 20; Fr.-X. FORT, préc., note 25, à la p. 168; Isabelle DUPLESSIS, *Pour un statut juridique de l'humanité en droit international*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1993.

⁴⁵ J. MORAND-DEVILLER, préc., note 21, à la p. 10.

Enfin, le concept de patrimoine commun de l'humanité est aussi handicapé par le fait que tous les États n'adhèrent pas aux sources formelles qui l'instituent :

C'est donc l'effet des traités en dehors du cercle des contractants qui doit être examiné pour savoir si les dispositions conventionnelles prévoyant l'institution d'éléments du patrimoine commun de l'humanité peuvent être considérées comme ayant atteint leur objectif même lorsque certains États refusent d'y adhérer⁴⁶.

Le remodelage des concepts de personnalité juridique et de patrimoine aurait dû s'accompagner d'un remodelage de l'ordre politico-social⁴⁷, mais cela n'a pas été le cas. Il devient alors possible de conclure que la première tentative d'extension de la personnalité juridique à l'humanité, par l'octroi d'un patrimoine à celle-ci, « n'a pas connu le succès espéré et demeure une notion [patrimoine commun de l'humanité] dont la juridicité est fortement contestée⁴⁸ ». Sa contribution à la protection de l'environnement et, partant, à l'éradication de la crise écologique se révèle donc discutable non seulement de par son contenu, mais aussi de par sa nature et sa portée juridique⁴⁹ dans la mesure où l'émergence du concept de patrimoine commun de l'humanité n'a pas été suivie de l'avènement d'un ordre sociopolitique écologiste à même de le rendre effectif.

⁴⁶ A.-Ch. KISS, préc., note 32, p. 233.

⁴⁷ En effet, René-Jean DUPUY, « Droit international », *Annuaire du Collège de France*, 1980-1981, p. 448, s'exprime ainsi :

Les nations, groupées dans le système institutionnel chargé de la gestion du patrimoine commun, doivent se comporter en intendants des générations à venir; elles ont le devoir de le protéger contre la dégradation tenant à la corruption de l'écologie ou résultant de la surexploitation des ressources. Gestionnaires des espaces, elles sont comptables de leurs richesses.

Il nous semble que cette mission dont parle Dupuy ne peut véritablement être accomplie que dans un ordre politico-social de type écologique.

⁴⁸ S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 26.

⁴⁹ Peut-être que renforcer une telle institution en l'amenant à produire des effets de droit concrets pourrait faire partie de la solution. Néanmoins, force est de constater que les derniers développements ne vont pas dans ce sens.

En somme, le concept de patrimoine commun est né « d'une aspiration à plus de justice distributive, voué à empêcher l'appropriation des ressources des espaces communs⁵⁰ ». En droit international positif cependant, il est demeuré « juridiquement faible, marqué par son ambiguïté⁵¹ », d'où sa très relative efficacité à contrer la crise écologique. Qu'en est-il de son « cousin » le patrimoine mondial de l'Unesco?

1.1.2 *Le patrimoine mondial de l'UNESCO*

À la différence du patrimoine commun de l'humanité, le patrimoine mondial de l'Unesco reste soumis à la souveraineté de l'État à l'intérieur duquel il se trouve⁵². Selon l'article 4 de la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, il faut faire peser sur chaque État partie à cette dernière « l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel⁵³ ». Ce sont des patrimoines reconnus comme présentant « un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'éléments du patrimoine mondial de l'humanité tout entière⁵⁴ ». L'autre distinction entre le patrimoine commun de l'humanité et le patrimoine mondial de l'Unesco réside dans leur finalité, « le premier visant le partage et le second la préservation⁵⁵ ».

⁵⁰ S. PAQUEROT, préc. note 19, à la p. 29.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, 16 novembre 1972, R.T.Can., 1976/45, art. 3 : « Il appartient à chaque État partie à la présente Convention d'identifier et de délimiter les différents biens situés sur son territoire et visés aux articles 1 et 2 ci-dessus. » Voir également l'article 6 (1).

⁵³ *Id.*, art. 4 :

Chacun des États parties à la présente Convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2 et situé sur son territoire, lui incombe en premier chef. Il s'efforce d'agir à cet effet tant par son propre effort au maximum de ses ressources disponibles que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationales dont il pourra bénéficier, notamment aux plans financier, artistique, scientifique et technique.

⁵⁴ J. SALMON, préc., note 17, à la p. 811.

⁵⁵ S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 22.

Ratione materiae, le patrimoine mondial de l'Unesco comprend deux grands groupes, soit le patrimoine culturel et le patrimoine naturel. Voici les termes de l'article premier de la Convention :

Aux fins de la présente Convention sont considérés comme « patrimoine culturel » :

- Les monuments : œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science,
- Les ensembles : groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science,
- Les sites : œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones, y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique.

Le patrimoine naturel, quant à lui, est défini à l'article 2 :

Aux fins de la présente Convention sont considérés comme « patrimoine naturel » :

- Les monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique,
- Les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animale et végétale menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation,
- Les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle.

Dans le volet « patrimoine naturel », on perçoit clairement le lien entre patrimoine mondial de l'Unesco et protection environnementale. Toutefois, selon les dispositions de la Convention, seul l'État sur le territoire duquel il est situé peut demander l'inscription d'un bien ou d'un site sur la liste du patrimoine mondial. La reconnaissance de la valeur universelle à ces éléments est donc tributaire de la volonté étatique.

Par ailleurs, le label de patrimoine mondial de l'Unesco semble plus une reconnaissance à entretenir qu'une qualification définitive, tant le maintien de cette reconnaissance nécessite un travail permanent. Le simple geste qui consiste à inscrire un site sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco n'en fait pas pour autant un site protégé ni préservé à jamais de toute dégradation. C'est l'exemple du parc national Wood Buffalo, qui a échappé de justesse à l'inscription sur la liste du patrimoine mondial en péril, à la suite d'une pétition de la Première Nation crie Mikisew au Canada demandant son inscription, en raison de sa gestion déficiente qui en faisait un site en danger⁵⁶ : « Le texte de la pétition fait état de certaines préoccupations relatives aux effets du développement industriel et des changements climatiques sur l'écologie et l'hydrologie du delta Paix-Athabasca qui pourraient avoir des effets négatifs sur la valeur universelle exceptionnelle [...] du site⁵⁷ ». Néanmoins, le 3 juillet 2019, le Comité du patrimoine mondial a adopté sa décision irrévocable sur l'état de conservation du site patrimonial du parc national Wood Buffalo, et celle-ci n'a pas mené à son inscription sur la liste du patrimoine mondial en péril⁵⁸. Plus globalement, selon les statistiques de l'Unesco, la liste du patrimoine mondial en péril par année est passée de 30 éléments en 2000 à 53 en début 2020 tandis que, durant la même période, 35 sites ont été retirés de la liste du patrimoine mondial de l'Unesco⁵⁹.

⁵⁶ GOUVERNEMENT DU CANADA, PARCS CANADA, *Aperçu des réponses du Canada aux décisions du Comité du patrimoine mondial concernant le site du patrimoine mondial du parc national Wood Buffalo*, en ligne : <https://www.pc.gc.ca/fr/pn-np/nt/woodbuffalo/info/action/SEA_EES?fbclid=IwAR1BFIM_kTA1cGl9zQy49Ib9a9L-2dTD17JaPqBemTpbNVERYRqCFBZgoeM>.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ÉDUCATION, LA SCIENCE ET LA CULTURE, *Liste du patrimoine mondial en péril par année*, en ligne :

En conclusion, le concept de patrimoine mondial de l'Unesco semble également inapproprié pour résorber la crise écologique, et ce, dans la mesure où la valeur universelle des sites bénéficiant de cette qualification n'est pas éternelle et aussi parce qu'ils ne sont pas toujours gérés de façon écologiste. Qu'à cela ne tienne, l'écho de ce concept paraît résonner sous d'autres formes, dans certaines législations modernes qu'il convient d'examiner à présent.

1.2 Le remodelage dans les ordres internes

L'idée que des ressources communes nécessitent une gestion particulière au profit de la communauté des bénéficiaires – générations présentes et futures –, véhiculée par le concept de patrimoine commun, a inspiré plus d'une législation nationale dans leur protection. On peut distinguer entre les législations qui, par application de la doctrine de la fiducie publique (*public trust*)⁶⁰, ont patrimonialisé des ressources naturelles au profit d'entités abstraites, garantes de la gestion ou de la protection de celles-ci (1.2.1), et celles qui ont conféré une personnalité juridique à la Nature (ou à certains de ses éléments), faisant d'elle un titulaire de droits (1.2.2).

1.2.1 Des entités abstraites, garantes de la protection de certaines ressources de l'environnement?

L'idée au cœur du concept de patrimoine commun, à savoir que des ressources sont communes, non appropriables et nécessitent une gestion particulière, a été appliquée à certaines ressources au sein des États, faisant de chacun d'eux le *gardien* ou le *fiduciaire* de celles-ci, au bénéfice de la Nation, par application de la doctrine de la fiducie publique. La littérature

<http://whc.unesco.org/fr/list/?action=stat&&fbclid=IwAR054hZ_vk5HcqZHPbt_OQ-eUzv7mZfNicVT8YzTgIusWjqNgcT6205SNJA#s7>.

⁶⁰ Joseph SAX, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention », (1969) 68 *Mich L Rev* 471; Sarah JACKSON, Olivier M. BRANDES et Randy CHRISTENSEN, « Lessons from an Ancient Concept: How the Public Trust Doctrine will Meet Obligations to Protect the Environment and the Public Interest in BC Water Management », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 279.

converge sur le fait que Joseph Sax a été le premier à utiliser la notion de fiducie publique de la common law pour protéger les ressources naturelles aux États-Unis⁶¹. Ici, c'est la Nation qui se substitue à l'humanité, en tant que bénéficiaire d'un patrimoine :

Of all the concepts known to American law, only the public trust doctrine seems to have the breadth and substantive content which might make it useful as a tool of general application for citizens seeking to develop a comprehensive legal approach to resource management problems. If that doctrine is to provide a satisfactory tool, it must meet three criteria. It must contain some concept of a legal right in the general public; it must be enforceable against the government; and it must be capable of interpretation consistent with contemporary concerns for environmental quality⁶².

Par application de cette doctrine, l'État devient ainsi le *gardien* (*trustee*) ou le *fiduciaire* des ressources communes non appropriables au bénéfice de la Nation. En effet, « [t]he concept of a “public trust” or “environmental fiduciary duty” is based on public rights to certain natural resources which have a particularly public character that the state protects for the benefit of the commons⁶³ ».

Cette idée est prise en considération dans la pratique législative de plusieurs États et a été étudiée dans certains d'entre eux tels que le Kenya, l'Afrique du Sud et l'Inde⁶⁴. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, au Canada, deux lois (*Loi sur les droits en matière d'environnement*, du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, et *Loi sur l'environnement*,

⁶¹ R. GROULX-JULIEN, préc., note 23, aux p. 304-305; S. PAQUEROT, préc., note 19, à la p. 31.

⁶² J. SAX, préc., note 60, à la p. 174.

⁶³ S. JACKSON, O.M. BRANDES et R. CHRISTENSEN, préc., note 60, à la p. 281.

⁶⁴ Patricia KAMERI-MBOTE, « The Use of the Public Trust Doctrine in Environmental Law », (2007) 3 *L Ent & Devlp J* 195; Gerrit J. PIENAAR et Elmarie VAN DER SCHYFF, « The Reform of Water Rights in South Africa », (2007) 3 *L Ent & Dvlp J* 179; Jona RAZZAQUE, « Application of Public Trust Doctrine in Indian Environmental Cases », (2001) 13 *J Envtl L* 221.

du gouvernement du Yukon) imposent un devoir fiduciaire à l'État⁶⁵. Au Québec, c'est une réforme concernant le droit de l'eau qui a permis l'introduction du concept d'État-gardien dans l'univers juridique⁶⁶. Précisément, la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2, adoptée en 2009, combine les concepts d'« État gardien des intérêts d'une nation », la nation québécoise, et de « patrimoine commun » à la protection de l'eau⁶⁷. Son article premier se lit ainsi : « Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise. » Le quatrième considérant de son préambule énonce que l'État est le gardien des intérêts de la nation québécoise, dans la ressource en eau. En Italie également, l'eau est reconnue comme un bien commun depuis la *Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques*, faisant de l'État son garant⁶⁸.

Au-delà de l'Amérique du Nord, où a émergé l'application du concept de fiducie publique à la protection environnementale, on peut en trouver des illustrations ailleurs, dans le monde. Ainsi, en France, si le concept d'État gardien ou d'État fiduciaire n'existe pas formellement, il pourrait être déduit de certaines missions de protection confiées à l'État par la Loi dans des domaines précis : environnement, urbanisme, biodiversité

⁶⁵ *Loi sur les droits en matière d'environnement*, L.R.T.N.-O. 1988, c. 83 qui a été abrogée et remplacée par la *Loi sur les droits environnementaux*, L.T.N.-O. 2019, c.19; *Loi sur l'environnement*, L.R.Y. 2002, c. 76.

⁶⁶ Paule HALLEY et Christine GAGNON, « Les réformes du droit de l'eau au Québec : un patrimoine commun et son État gardien », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, p. 225, à la p. 228; Catherine CHOQUETTE, « L'État québécois est-il vraiment un "gardien" pour notre patrimoine hydrique? », dans P. HALLEY, préc., note 18, p. 253; Joey R. VOLPÉ, « État fiduciaire et développement durable. À la recherche des fondements d'une gouvernance des forêts publiques québécoises au bénéfice des générations actuelles et futures », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 335.

⁶⁷ C. CHOQUETTE, préc., note 66, à la p. 255.

⁶⁸ Alberto LUCARELLI, « La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, p. 143, aux p. 148-150; Matteo SOLLINI, « La participation publique à la gestion des ressources hydriques en Italie », dans P. HALLEY, préc., note 18, à la p. 449.

et droit public des affaires⁶⁹. De surcroît, des ressources particulières constituent en ce pays un patrimoine commun de la Nation⁷⁰. En Tunisie, l'expression « richesse nationale » est préférée à celle de « bien commun » ou de « patrimoine commun », mais elle repose sur la même philosophie⁷¹. En Équateur, l'article 12 de la Constitution du 28 septembre 2008 consacre le droit humain à l'eau et fait de l'eau « un patrimoine national stratégique d'utilité publique inaliénable, imprescriptible, insaisissable et essentiel pour la vie⁷² ». Par ailleurs, des pays comme les États-Unis, le Brésil, la Colombie, le Paraguay, l'Allemagne, l'Italie, la France et l'Espagne ont tous créé des recours civils en matière d'environnement pour leurs procureurs⁷³. Cela participe de la fonction d'État gardien ou fiduciaire de la qualité de divers écosystèmes :

Cependant, au moins dans son état actuel, la doctrine de la fiducie publique est notoirement vague – particulièrement en matière environnementale. On lui reproche son incapacité à expliquer pourquoi et dans quelles circonstances des droits sont acquis par la fiducie publique. On peut également invoquer son faible contenu

⁶⁹ Gérard MARCOU, « Patrimoine et État gardien. Quels équivalents en droit public français? », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 181; Catherine RIBOT, « Biodiversité et rôle fiduciaire de l'État : les corridors écologiques », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 369; Pascale IDOUX, « État fiduciaire et droit public des affaires », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 393. Marcou rappelle que le territoire français est le patrimoine commun de la nation selon le Code de l'urbanisme, tandis que l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation selon le Code de l'environnement.

⁷⁰ Certaines dispositions du Code de l'environnement, en l'occurrence l'article L 110-1 pour ne citer qu'un exemple, précise que les espaces, les ressources et les milieux naturels, les sites et les paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales de même que la diversité et les équilibres biologiques font partie du patrimoine commun de la Nation. Voir à ce propos François-Guy TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », dans Jean-Louis BAUDOUIN et Philippe MALINVAUD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, 659, aux p. 662-663.

⁷¹ Amel AOUIJ-MRAD, « L'ancrage de l'État gardien en Tunisie : quelle place pour les acteurs privés dans la protection de l'environnement? », dans P. HALLEY (dir.), préc., note 18, à la p. 205.

⁷² Victor DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit. Le monde est-il enfin stone? », (2012) 37-3 *R.J.E.* 469, 479.

⁷³ C. CHOQUETTE, préc., note 66, à la p. 272.

normatif. Outre l'obligation de garantir l'accès et une certaine interdiction d'aliéner, quels sont les devoirs de l'État fiduciaire envers l'environnement⁷⁴?

Au demeurant, il y a lieu de reconnaître qu'une intention commune rapproche ces prises en considération diverses du concept d'État gardien ou d'État fiduciaire dans les législations internes : celle de faire de l'État le garant des ressources communes, non appropriables, de l'environnement tout court. Par contre, si ces législations semblent prometteuses pour la protection de l'environnement, elles ne constituent pas à elles seules une solution adaptée ou appropriée pour résoudre la crise écologique. En réalité, le concept même de patrimoine commun ne serait qu'une « source d'inspiration, une donnée première, un principe au-dessus des principes juridiques du droit de l'environnement, qui n'a pas vocation à fonder l'application d'un régime juridique particulier⁷⁵ ». De ce fait, les législations recourant à ce concept ou à celui d'État gardien ou d'État fiduciaire nécessitent pour leur opérationnalisation un régime juridique particulier à savoir : un contrôle citoyen très accru (au moyen de droits procéduraux tels que le droit à l'information environnementale, le droit de participation du public au processus décisionnel et le droit d'accès à la justice en matière environnementale), un contrôle judiciaire, un contenu normatif plus clair⁷⁶ et, enfin, une gouvernance sociopolitique écologiste. D'ailleurs, d'autres législations ont tout simplement reconnu des droits à la Nature ou à certains de ses éléments.

⁷⁴ E. YAËLL et A. HUDON, préc., note 32, p. 545.

⁷⁵ Meryem DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, t. 61, Paris, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2015, p. 480.

⁷⁶ Nous pensons surtout aux responsabilités et aux obligations de l'État fiduciaire ou gardien. À ce propos, la jurisprudence canadienne, par exemple, ne semble pas favorable à l'idée d'imposer aux autorités publiques des responsabilités ou des obligations de nature fiduciaire. En effet, la Couronne n'est pas normalement perçue comme un fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions administratives et législatives : *Guérin c. La Reine* [1984] 2 RCS 335, 385; voir aussi : Andrew S. GOLD, "Reflections on the State as Fiduciary", (2013) 63-4 *UTLJ* 655; *Harris c. Canada*, [2002] 2 RCF 484.

1.2.2 *La nature, titulaire de droits?*

Parler des droits de la nature, c'est aussi parler en quelque sorte des droits humains⁷⁷ et, en matière de protection environnementale, le droit de tout être humain à un environnement sain⁷⁸, car il est question en l'occurrence d'accorder à celle-ci des droits environnementaux comparables au droit de l'humain à un environnement sain⁷⁹. Cela appelle de ce fait quelques prolégomènes sur ce droit humain avant d'examiner la question des droits de la Nature.

⁷⁷ En effet, considérés comme « l'outil le plus innovant de la protection de l'environnement », « les droits de la nature embrassent à la fois les droits humains et ceux de l'humanité ». Ayant déjà abordé le concept de patrimoine commun de l'humanité, il ne restait plus qu'à évoquer les droits humains, précisément le droit à un environnement sain. Voir Nicolas BLAIN, « Les droits de la Nature comme condition préalable aux Droits de l'Homme », en ligne : <<https://droitsdelanature.com/droits-de-lhomme-et-droits-de-la-nature>>.

⁷⁸ À noter que la littérature des droits de la personne aborde généralement ce droit de trois manières :

- 1) dans une perspective de « droits substantiels » à travers le recours à certains droits déjà reconnus (droit à la vie, droit à la santé, droit à la vie privée, droit à un niveau de vie suffisant, etc.) pour protéger l'environnement;
- 2) dans une perspective de « droits procéduraux » par la promotion de certains « droits libertés » (liberté d'expression, droit à l'information, droit de participation du public au processus décisionnel, droit d'accès à la justice);
- 3) dans une perspective en vue de formuler et de reconnaître un nouveau droit à l'environnement, à savoir le droit à un environnement sain.

Voir : S. ATAPATTU, préc., note 13, à la p. 111; Sylvie PAQUEROT, « La portée du droit à un environnement sain : les droits de la personne revus à l'aune de la dégradation de l'environnement planétaire », dans Pierre BOSSET et Lucie LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels. La Charte québécoise en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 273, aux p. 273 et 285; Lynda COLLINS, « An Ecological Literate Reading of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2009) 26 *Windsor Rev Legal & Soc Issues* 7, 22-24 et 44.

⁷⁹ Inspirée de la jurisprudence de la terre de Thomas Berry, l'idée de droits de la nature repose sur des principes tels que la valeur intrinsèque, l'interdépendance ou le biocentrisme. Voir Nicolas BLAIN, « Les grands principes des droits de la nature », en ligne : <<https://droitsdelanature.com/lessentiel-des-droits-de-la-nature>>.

D'emblée, il faut préciser que, à titre de droit de la personne, le droit à un environnement sain est généralement associé dans la littérature scientifique aux droits dits de troisième génération ou droits de solidarité⁸⁰. L'association à la troisième génération constitue à la fois une faiblesse et une force du droit. Faiblesse lorsqu'on pense à la mise en garde de Lucie Lamarche quant à la possibilité pour cette catégorie de droits, d'altérer celle de la deuxième génération :

Généralement, on admet que l'évolution d'un droit [et non la consécration de sa juridicité] comporte trois phases significatives : la perception d'une collectivité quant au besoin de sa reconnaissance, son énonciation sous forme normative et le choix de mécanismes nécessaires à sa mise en œuvre. Or, alors que dans le cas des droits économiques de deuxième génération, les deuxième et troisième phases de cette évolution ont pu être confondues et ainsi porter atteinte à la reconnaissance de leur juridicité, il semble que les droits dits de troisième génération souffrent d'une accélération du processus menant de la première à la deuxième phase. Cet état de fait génère une confusion entre les besoins humains et la spécificité juridique de ces derniers droits⁸¹.

L'identification du droit humain à un environnement sain, à la troisième génération de droits de l'homme, peut également constituer un atout lorsqu'on lui applique la métaphore de la béquille, en matière

⁸⁰ Karel VASAK, « Les différentes catégories des droits de l'homme », dans André LAPEYRE, François DE TINGUY et Karel VASAK (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 297; Patrick MACKLEM, *Human Rights in International Law: Three Generations or One?*, SSRN Scholarly Paper, 2014, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2573153>>; J.-M. ARBOUR et autres, préc., note 8, aux p. 188-191; Maya HERTIG RANDALL, « Typologie des droits de l'homme », dans Maya HERTIG RANDALL et Michel HOTTELIER (dir.), *Introduction aux droits de l'homme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 39, à la p. 46; S. ATAPATTU, préc., note 13, aux p. 109-115; David R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, UBC Press, 2012, p. 22.

⁸¹ Lucie LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, coll. « Collection de droit international », Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles/Bruylant, 1995, p. 143.

maritime, de Catherine Ribot⁸² et lorsqu'on pense à la nature solidariste de cette génération qui correspond plus à la dimension transfrontière et mondiale de l'environnement. En se référant aux trois phases d'évolution d'un droit selon Lamarche, nous pouvons dire qu'au niveau universel le droit de l'humain à un environnement sain est toujours au stade de la perception quant au besoin de sa reconnaissance. Cela explique pourquoi à cette échelle les sources du droit sont constituées principalement d'instruments de droit souple (*soft law*) et de portée géographiquement limitée lorsqu'ils sont contraignants⁸³. Au niveau interne des États, la phase de l'énonciation sous forme normative du droit est réalisée, tandis que l'effectivité de la phase de sa mise en œuvre est faible et relative.

Selon Philippe Cullet et Zakaria Aissa Assia, le droit à un environnement sain n'est ni un droit civil et politique, ni un droit économique social et culturel, ni un droit de solidarité, car « it transcends the distinctions and embodies elements found in each of the three categories⁸⁴ ». À suivre ces deux auteurs, ce serait ainsi un droit *extra-générationnel*, voire un droit *sui generis*⁸⁵. Alors que la troisième génération de droits est considérée comme résultant de l'émancipation des peuples colonisés et dominés⁸⁶, le constat que même les peuples *colonisateurs* et *dominants* ont aussi besoin d'un environnement sain⁸⁷ renforce néanmoins la nature solidariste du droit à un environnement sain. On voit bien ici la

⁸² C. RIBOT, préc., note 69, à la p. 369, considère en effet que la fiducie publique peut être envisagée à la fois comme une béquille inutile, mais également comme une béquille dans sa signification en matière maritime (« nom d'une pièce de bois ou de métal utilisée pour maintenir le navire droit sur quille à marée basse »).

⁸³ Nous pensons notamment à l'article 24 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* qui se lit ainsi : « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement. »

⁸⁴ Philippe CULLET et Zakaria AISSA ASSIA, « Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context », (1995) 13 *Nethl Q.H.R.* 25, 27-28.

⁸⁵ Francesca MAGISTRO, *Le droit à un environnement sain revisité: étude de droit suisse, international et comparé*, coll. « Collection genevoise », Genève, Schulthess, 2017, p. 15.

⁸⁶ P. MACKLEM, préc., note 80, p. 3.

⁸⁷ Carmen GONZALEZ, « Environmental Justice, Human Rights, and the Global South », (2015) 13 *Santa Clara J. Int'l L.* 151, 163, montre que l'empreinte écologique de ces pays est bien supérieure à la moyenne mondiale.

différence entre les autres droits qui protègent immédiatement un intérêt individuel en général et le droit à un environnement sain qui concerne surtout un intérêt collectif et intergénérationnel.

Par ailleurs, la question des titulaires des droits environnementaux et, partant, du droit à un environnement sain évoque également de façon implicite le débat philosophico-éthique qui oppose anthropocentrisme et écocentrisme. En réalité, la dichotomie de l'éthique environnementale remonte historiquement au différend qui a opposé, au début du ^{xx}e siècle, Gifford Pinchot et John Muir, respectivement protagonistes des mouvements américains dits conservationniste et préservationniste⁸⁸. La démarche écocentriste ou biocentriste consiste à préserver la nature pour sa valeur en soi et argumente en faveur d'un statut moral pour des vecteurs naturels extra-humains, tandis que la démarche anthropocentriste réclame la protection de l'environnement pour les besoins humains⁸⁹.

Ces observations faites, sommes-nous en mesure d'énoncer que la Nature en elle-même ou des éléments naturels déploient des droits dans la sphère juridique⁹⁰? Autrement dit, la Nature peut-elle être titulaire de droits environnementaux comparables au droit à un environnement sain dans ses dimensions procédurales et substantives ou de droits qui lui seraient spécifiques? Certaines législations répondent par l'affirmative à cette question toujours débattue, par la reconnaissance de droits ou de personnalité juridique à la Nature⁹¹. Ainsi, en 2008, l'Équateur devient la première nation à reconnaître dans sa constitution, des droits à la Nature; la Bolivie fera de même en 2009⁹².

⁸⁸ Marcel FILION, *L'éthique environnementale face aux exigences de la raison publique*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1999, p. 20.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ Christopher D. STONE, « Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects », (1972) 45-3 *S. Cal. L. Rev.* 3-54; V. DAVID, préc., note 72, p. 469-485.

⁹¹ C. GONZALEZ, préc., note 87, p. 186.

⁹² D. R. BOYD, préc., note 80, p. 70.

En Équateur, c'est le préambule de la Constitution du 28 septembre 2008 qui donne le ton en ces termes :

We women and men, the sovereign people of Ecuador [...] CELEBRATING nature, the Pacha Mama (Mother Earth), of which we are a part and which is vital to our existence [...] Hereby decide to build [a] new form of public coexistence, in diversity and in harmony with nature, to achieve the good way of living, the *sumak kawsay*⁹³.

L'alinéa 2 de l'article 10 de la Constitution de l'Équateur⁹⁴ confère la personnalité juridique à la Nature en énonçant qu'elle est sujet de droits, mais l'article 71 indique ceci :

Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes. All persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature⁹⁵.

La Bolivie, quant à elle, dans sa constitution de 2009, nationalise ses ressources naturelles, tout en reconnaissant, dans son article 33, un droit à un environnement sain, protégé et équilibré⁹⁶. Cette disposition précise que « [t]he exercise of this right must be granted to individuals and collectives of present and future generations, *as well as to other living things*, so they may develop in a normal and permanent way⁹⁷ ». Qui sont ces autres êtres vivants (*other living things*)? Les microbes, les bactéries et les virus en font-ils partie? Pourquoi? Cette formulation à l'évidence restrictive par rapport

⁹³ *Constitución de la República del Ecuador*, préc., note 14, préambule.

⁹⁴ *Id.* : "Nature shall be the subject of those rights that the Constitution recognizes for it".

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ V. DAVID, préc., note 72, p. 481.

⁹⁷ *Bolivia (Plurinational State of)'s Constitution of 2009*, 2009, en ligne : <https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf>, art. 33 (l'italique est de nous).

à celle de la Constitution équatorienne a été en quelque sorte complétée par la *Loi sur les droits de la Terre Mère*⁹⁸.

Bien avant ces constitutionnalisations des droits de la Nature, la *Charte de la Terre* adoptée en 2000 énonçait déjà les principes de « respect et protection de la communauté de la vie » et d'« intégrité écologique » : elle reconnaissait ainsi la valeur intrinsèque de tous les êtres vivants et leur interdépendance⁹⁹. Par ailleurs, dès 2006, des villes américaines, notamment celles de Tamaqua et de Barnstead, admettent par ordonnance des droits à des écosystèmes locaux¹⁰⁰. En 2010, sur le plan mondial, est adoptée lors de la Conférence mondiale sur le changement climatique et les droits de la Terre la *Déclaration universelle des droits de la Terre Mère* qui énonce en son article 2 que « les droits inhérents de la Terre Mère » appartiennent à cette dernière et à tous les êtres qui la composent¹⁰¹.

Encore plus récemment, le Parlement néo-zélandais a adopté le 14 mars 2017 « le projet de loi Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill » qui reconnaît le fleuve Whanganui comme entité juridique disposant de la personnalité juridique¹⁰². Toujours en 2017, au Brésil, la modification d'une loi de la commune de Bonito garantit des droits aux écosystèmes locaux, tandis que l'adoption de la nouvelle Constitution

⁹⁸ Loi n° 071 « Derechos de la Madre Tierra », *Gaceta Oficial de Bolivia*, 21 décembre 2010, en ligne : <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/71>>, dont l'article 7 reconnaît sept droits à la Terre Mère, à savoir le droit à la vie, le droit à la diversité de la vie, le droit à l'eau, le droit à un air sain, le droit à l'équilibre, le droit à la restauration et le droit à une vie non polluée (notre traduction).

⁹⁹ *Charte de la Terre*, 2000, en ligne : <<https://chartedelaterre.org/decouvrir/la-charte/>>.

¹⁰⁰ *Historique de la reconnaissance des droits de la Nature*, en ligne : <<https://droitsdelanature.com/la-reconnaissance-des-droits-de-la-nature>>.

¹⁰¹ Ce sont, entre autres, le droit de vivre et d'exister, le droit au respect, le droit à l'eau comme source de vie, le droit à l'air pur et le droit à la pleine santé., etc. Voir la *Déclaration universelle des droits de la Terre Mère*, 2010, en ligne : <<http://rio20.net/fr/propuestas/declaracion-universelle-des-droits-de-la-terre-mere/>>.

¹⁰² Victor DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », (2017) 42-3 *R.J.E* 409-424, p. 410.

de la Ville de Mexico assure également des droits de la Nature¹⁰³. Enfin, dans un tout autre registre que celui des reconnaissances législatives, par un jugement du 20 mars 2017, la Haute Cour de l'État d'Uttarakhand en Inde a accordé aussi la personnalité juridique au fleuve Gange et à son affluent le Yamuna à titre de personnes juridiques dotées de droits propres¹⁰⁴. En Colombie, en 2018, Cour suprême du pays a admis l'Amazonie colombienne comme sujet de droit¹⁰⁵, tandis que la Cour constitutionnelle reconnaissait les droits du fleuve Atrato en 2016¹⁰⁶.

Ces nouvelles extensions de la personnalité juridique ont pour objet, à n'en pas douter, une meilleure protection de l'environnement au moyen de réformes juridiques. On peut néanmoins se demander si la *Pacha Mama*, ou la Mère Terre, ou un fleuve peut exercer ses droits sans une médiation humaine¹⁰⁷. Ces droits ne leur ont-ils pas du reste été reconnus par les êtres humains qui conservent tout pouvoir sur leur effectivité et leur efficacité? En effet, voici le dernier alinéa de l'article 396 de la Constitution équatorienne : « The legal proceedings to prosecute and punish those responsible for environmental damages shall not be subject to any statute of limitations¹⁰⁸ ». Néanmoins, on imagine mal la *Pacha Mama* ou un fleuve devant les prétoires pour revendiquer ses droits sans représentation humaine! D'ailleurs, la Constitution équatorienne est explicite :

[L'article 397 permet à] any natural person or legal entity, human community or group, to file legal proceedings and resort to judicial

¹⁰³ *Supra*, note 100.

¹⁰⁴ V. DAVID, préc., note 102, 410.

¹⁰⁵ À la suite de la plainte d'un groupe de 25 enfants soutenus par l'ONG colombienne Dejusticia qui accusait l'État colombien de ne pas garantir leur droit à la vie et à un environnement sain. Voir DEJUSTICIA, In historic ruling, Colombian Court protects youth suing the national government for failing to curb deforestation 2018, en ligne <<https://www.dejusticia.org/en/en-fallo-historico-corte-suprema-concede-tutela-de-cambio-climatico-y-generaciones-futuras/>>.

¹⁰⁶ *Supra*, note 100; voir également la Cour constitutionnelle de Colombie, 10 novembre 2016, Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", T-622 de 2016, en ligne : <<https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2019/05/Tierra-Digna.pdf>>.

¹⁰⁷ *Constitución de la República del Ecuador*, préc., note 14, art. 71 *in fine*.

¹⁰⁸ *Id.*, art. 396.

and administrative bodies without detriment to their direct interest, to obtain from them effective custody in environmental matters, including the possibility of requesting precautionary measures that would make it possible to end the threat or the environmental damage that is the object of the litigation. The burden of proof regarding the absence of potential or real danger shall lie with the operator of the activity or the defendant¹⁰⁹.

Une logique extrémiste aurait voulu que la Constitution équatorienne, par exemple, reconnaisse également le droit de recours à la *Pacha Mama*. Cela est de toute évidence irréaliste et irréalisable. Pourtant, les droits de la Nature n'appartiennent qu'à elle et à personne d'autre en principe. Or, « si une chose [ou un droit] n'appartient à personne, personne ne peut se plaindre de sa dégradation¹¹⁰ ». Si une médiation humaine se révèle nécessaire pour revendiquer ou protéger les droits de la Nature, pourquoi ne pourrait-on pas tout simplement reconnaître ces droits à l'humain dans la mesure où la Nature ne peut se plaindre de la dégradation de ses droits? Ces législations ou cette reconnaissance des droits de la Nature, en raison de l'absence de mécanismes propres¹¹¹ à la Nature de garantie et de mise en œuvre desdits droits, ne constituent pas une solution appropriée pour résoudre la crise écologique et renforcent, de ce fait, la nécessité d'admettre sur le plan mondial et d'affermir sur le plan national le droit de tout être humain à un environnement sain.

En définitive, la mise en patrimoine de certaines ressources communes au profit de l'humanité tout entière ou d'une nation ainsi que le patrimoine mondial de l'Unesco, d'une part, et la reconnaissance d'une

¹⁰⁹ *Id.*, art. 397.

¹¹⁰ François-Guy TRÉBULLE, « Environnement et droit des biens », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Le droit de l'environnement – Journées nationales*, t. 11, Paris, Dalloz, 2010, p. 89 (l'italique est de nous).

¹¹¹ À vrai dire, les deux approches proposées par les partisans des droits de la Nature, à savoir l'« approche tutorielle » et l'« approche de droits larges », reposent ultimement sur l'action d'un gardien ou d'un tuteur de l'écosystème, par exemple (approche tutorielle), ou sur l'action de n'importe quel individu (*actio popularis*) (approche de droits larges). Voir Nicolas BLAIN, « La protection des droits de la Nature », en ligne : <<https://droitsdelanature.com/protection-des-droits-de-la-nature>>.

personnalité juridique à la Nature, d'autre part, ont pour objet une meilleure protection de l'environnement par le droit. Toutefois, force est de reconnaître les limites de ces réformes juridiques lorsqu'il est question de relever le défi de la protection environnementale. Les concepts de patrimoine commun de l'humanité, de patrimoine mondial de l'Unesco, de patrimoine commun de la Nation, d'État fiduciaire et de droits de la Nature ont montré leurs limites et sont inadaptés à la résolution de la crise écologique parce que justement leurs fondements s'appuient sur une conception erronée du rapport de l'humain à la Nature et d'un ordre politico-social insuffisamment écologiste¹¹². Les tentatives d'extension des concepts de patrimoine et de personnalité juridique se révèlent donc fort utiles, mais ne permettent pas, à elles seules, une protection optimale de l'environnement. Elles requièrent plus que de simples réformes juridiques et, partant, elles nécessitent d'aller chercher d'autres solutions et perspectives au-delà même du droit afin de mieux l'enrichir. Bien plus qu'un problème de titularité de droits ou de biens environnementaux ou encore de patrimoine, c'est le rapport à la nature et l'ordre sociopolitique dans lequel il se développe qui doivent être revus et réappropriés par le droit.

2. La nécessité d'un changement d'ordre ontologique et politico-social : au-delà des concepts juridiques

Dans la première partie de notre analyse, nous avons conclu que les différentes tentatives d'extension des concepts de personnalité juridique ou de patrimoine ne suffisent pas, à elles seules, à mettre fin aux dégradations environnementales et que l'amélioration qu'elles promettaient demeurerait sinon invisible, du moins marginale pour le moment¹¹³. La crise écologique

¹¹² Mari MARGIL, « Les droits de la nature gagnent du terrain », 14 novembre 2018, en ligne : <https://www.openglobalrights.org/the-rights-of-nature-gaining-ground/?lang=French&fbclid=IwAR2TLJKDwR3jj_RGsRL4lMnHIsOUkj3JdSg8kf2DLKBS4MCwQ_DkDx3Ot-k>.

¹¹³ Même si le temps écoulé depuis l'adoption de ces réformes (constitutionnelles notamment) n'est pas énorme, les exemples analysés et l'actualité récente (Amazonie et États latino-américains) permettent de conclure à l'inadéquation et à l'inadaptation de ces concepts. À vrai dire, ceux-ci recèlent en eux-mêmes des lacunes que nous avons signalées dans la première partie de notre étude.

semble avoir des causes plus profondes, au point que la mise en patrimoine et la reconnaissance de la personnalité juridique à la Nature elle-même pourraient être insuffisantes en vue de la résoudre¹¹⁴. Le rapprochement d'année en année du « Jour du dépassement de la Terre » (*Earth Overshoot Day*)¹¹⁵ apparaît ainsi comme un signal que « les écosystèmes de la Terre ne peuvent plus soutenir le niveau actuel d'activité économique et de consommation matérielle, encore moins une hausse de ces niveaux¹¹⁶ ». Les modes contemporains de production et de consommation sont à revoir¹¹⁷. Ce constat ne date pas d'hier. Les membres du Club de Rome n'avaient-ils pas proposé, dès 1972, une « halte à la croissance¹¹⁸ », dans la mesure où le

¹¹⁴ Selon François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003, p. 8, la crise écologique est « d'abord et surtout crise de notre représentation de la nature, crise de notre rapport à la nature ». « On peut donc chercher à remonter aux racines de cette crise et tenter d'en déceler l'origine commune dans un certain rapport à la nature » : Catherine LARRÈRE, « Les éthiques environnementales », (2010) 18-4 *Natures Sciences Sociétés* 405, 406.

¹¹⁵ Audrey GARRIC, « Depuis aujourd'hui, l'humanité vit à crédit », *Le Monde*, en ligne : <http://mobile.lemonde.fr/planete/article/2017/08/01/a-compter-du-2-aout-l-humanite-vit-a-credit_5167232_3244.html?xtref>.

¹¹⁶ Mathis WACKERNAGEL et William REES, *Notre empreinte écologique : comment réduire les conséquences de l'activité humaine sur la Terre*, Montréal, Écosociété, 2008, p. 21.

¹¹⁷ Selon le directeur général de l'Unesco, Koïchiro Matsuura, « nous devons aujourd'hui résoudre la contradiction toujours plus grande entre l'accroissement de la population, la surexploitation des ressources, les modes de croissance productivistes, l'accélération du changement climatique et la tendance à la raréfaction des énergies fossiles, pétrolières et gazières » : voir Jérôme BINDÉ (dir.), *Signons la paix avec la Terre. Quel avenir pour la planète et pour l'espèce humaine?*, coll. « Entretiens du XXI^e siècle III », Paris, Éditions UNESCO/Albin Michel, 2007, p. 14. En outre, selon la COMMISSION MONDIALE POUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, *Notre avenir à tous*, rapport Brundtland, New York, Nations Unies, 1987, p. 35, en ligne : <https://www.are.admin.ch/are/fr/home/developpement-durable/cooperation-internationale/agenda2030/onu_-les-grandes-etapes-du-developpement-durable/1987--le-rapport-brundtland.html>, la croissance économique « ne peut [pas] se maintenir si la base de ressources ne fait que se détériorer; l'environnement ne peut [pas] être protégé si la croissance ne tient pas compte du coût de la destruction de l'environnement ».

¹¹⁸ Jacques DELAUNAY et autres, *Halte à la croissance?*, Paris, Fayard, 1972.

problème est « la croissance matérielle dans un monde fini¹¹⁹ »? L'invitation du Club de Rome semble cependant être tombée dans l'oreille d'un sourd. Qui plus est, le mal se révèle bien plus profond, et une simple halte de la croissance ne saurait le guérir. Cette dernière, en réalité, n'est pas une cause *per se* mais bien un corollaire de « l'idéologie et de la pratique du développement¹²⁰ ». Elle est la conséquence d'une perception par l'humain de son rapport à la nature et d'un ordre sociopolitique soutenant cette perception. Plutôt que de remettre en question les conséquences, il faut s'attaquer aux causes. Une telle halte de la croissance ne peut être possible donc que si l'on s'en prend à ses causes profondes. Celles-ci peuvent être regroupées en deux catégories : celles qui résultent de la vision que l'humain a de son rapport à la nature (2.1) et celles qui découlent de la structure sociopolitique qui soutient cette vision (2.2). Une meilleure protection de l'environnement passe également par un questionnement à la fois sur cette perception et sur cet ordre établis.

2.1 La nécessité d'un changement du rapport de l'humain à la nature

La perception actuelle du rapport de l'humain à la nature ou à son environnement a une genèse qui s'inspire autant de la Grèce antique que du livre même de la Genèse. Dans ce dernier, on découvre que Dieu, après avoir créé le ciel et la terre, aurait dit : « Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, sur les animaux domestiques et sur toute la terre, et sur les reptiles qui rampent sur la terre¹²¹ ». L'idée que l'humain domine la nature est, dès lors, très ancienne et a ainsi traversé les siècles et les âges, allant du précambrien en passant par le paléo-néolithique jusqu'à l'époque contem-

¹¹⁹ Dennis MEADOWS, « Les limites de la croissance, pour quand? », dans Jérôme BINDÉ (dir.), préc., note 117, p. 27.

¹²⁰ François ROCH, « Idéologie et pratique du développement aux Nations Unies », dans Issiaka MANDÉ et François ROCH (dir.), *Afrique et développement*, Paris, Riveneuve, 2016, p. 7, à la p. 7.

¹²¹ *Genèse*, chapitre 1, verset 26. Une mise au point s'impose ici : la référence à ce passage est juste illustrative. Il ne s'agit pas de dire que ce passage, et encore moins la Bible, encourage les atteintes à l'environnement. On y trouve aussi des prescriptions qui prônent la protection et la défense de l'environnement.

poraine; à noter que cette idée se diffusait avec des penseurs et des philosophes de chaque époque¹²².

Ainsi, alors que Francis Bacon émet l'idée de la conquête de la nature, René Descartes, lui, proclamera les humains « maîtres et possesseurs de la nature » grâce à la science :

[Quelques notions générales touchant la physique] m'ont fait voir qu'il est possible de parvenir à des connaissances qui soient fort utiles à la vie, et qu'au lieu de cette philosophie spéculative, qu'on enseigne dans les écoles, on peut en trouver une pratique, par laquelle connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieux et de tous les autres corps qui nous environnent, aussi distinctement que nous connaissons les divers métiers de nos artisans, nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres et ainsi nous rendre comme *maîtres et possesseurs de la nature*¹²³.

Depuis lors, une certaine vision du monde se « fonde sur la bipartition de l'homme et de la nature : [l']un, sujet pensant; l'autre, objet pensé [...] L'apparition de l'idée de nature construira celle de société, par

¹²² À propos de la domination de la nature, Capra FRITJOF, « A New Paradigm », dans George SESSIONS (dir.), *Deep Ecology for the 21st Century*, Boston/Londres, Shambhala, 1995, p. 19, aux p. 22-23 fait remarquer ceci :

The mechanistic, fragmented approach is one basic characteristic of the old worldview. Another is the obsession with domination and control. In our society, political and economic power is exerted by a hierarchically structured elite. Our science and technology are based on the belief that an *understanding* of nature implies *domination* of nature by man.

Voir également Jean-Philippe WAAB, « Croissance économique et développement durable : vers un nouveau paradigme de développement », dans José-A. PRADES, Jean-Guy VAILLANCOURT et Robert TESSIER (dir.), *Environnement et développement. Questions éthiques et problèmes sociopolitiques*, Saint-Laurent, Fides, 1991, p. 47, à la p. 50.

¹²³ René DESCARTES, *Discours de la méthode*, coll. « Classiques & Cie », Paris, Hatier, 2007, p. 63-64 (l'italique est de nous).

opposition ou contradiction ¹²⁴ ». Cette façon d'envisager le monde sur la base de la distinction dualiste nature/société ou nature/culture correspond à la cosmologie naturaliste selon l'anthropologue Philippe Descola ¹²⁵, dont la classification des rapports humains entre eux et non-humains – sous la forme de quatre cosmologies – servira de référentiel pour cette partie de notre analyse. Aux yeux de Descola, en effet, quatre cosmologies ou ontologies résumeraient la manière dont les humains conçoivent leurs rapports aux autres humains et aux non-humains : le naturalisme, l'animisme, le totémisme et l'analogisme ¹²⁶.

Voici la définition que donne Descola de la cosmologie animiste, dont les manifestations les plus caractéristiques peuvent être observées dans les sociétés amérindiennes :

[L]'imputation par les humains à des non-humains d'une intériorité identique à la leur. Cette disposition humanise les plantes, et surtout les animaux, puisque l'âme dont ils sont dotés leur permet non seulement de se comporter selon les normes sociales et les préceptes éthiques des humains, mais aussi d'établir avec ces derniers et entre eux des relations de communication ¹²⁷.

¹²⁴ Éric NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 25; François OST, « Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu », dans François OST et Serge GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Actes du colloque organisé par le CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement - F.U.S.L.) et le CIRT (Centrum interactie recht en technologie - V.U.B.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1996, p. 9. On pourrait se référer également à Colette GUILLAUMIN, « Pratique du pouvoir et idée de Nature (2) le discours de la nature », (1978) 3 *Nouvelles Questions féministes* 5, en ligne : <<https://www.feministes-radicales.org/wp-content/uploads/2010/11/Colette-Guillaumin-Pratique-du-pouvoir-et-idée-de-Nature-2-Le-discours-de-la-Nature.pdf>>.

¹²⁵ Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005; voir également Yves-Marie ABRAHAM, « Pour en finir avec la Nature! », dans Yves-Marie ABRAHAM, Louis MARION et Hervé PHILIPPE (dir.), *Décroissance versus développement durable. Débats pour la suite du monde*, coll. « Théorie », Montréal, Écosociété, 2011, p. 214.

¹²⁶ Ph. DESCOLA, préc., note 125, p. 181-337; Y.-M. ABRAHAM, préc., note 125, à la p. 217.

¹²⁷ Ph. DESCOLA, préc., note 125, à la p. 183.

S'agissant du totémisme, Descola, après avoir évoqué la vision de Lévi-Strauss sur la question, rappelle que c'est en Australie, chez les Aborigènes, que « les propriétés singulières manifestées par celui-ci s'expriment avec le plus de netteté ¹²⁸ » :

[L'Australie offrirait effectivement] l'illustration par excellence d'un système d'organisation sociale et d'un mode de relation à la nature caractérisé, selon les premiers observateurs, par le fait que chaque individu « fait partie d'un groupe de personnes qui portent le nom de, et sont spécialement associées avec, un objet naturel¹²⁹ ».

Concernant l'analogisme qui « peut être présenté comme l'envers structural du totémisme¹³⁰ », Descola précise ce qui suit :

J'entends par là un mode d'identification qui fractionne l'ensemble des existants en une multiplicité d'essences, de formes et de substances séparées par de faibles écarts, parfois ordonnées dans une échelle graduée, de sorte qu'il devient possible de recomposer le système des contrastes initiaux en un dense réseau d'analogies reliant les propriétés intrinsèques des entités distinguées¹³¹.

Parcourant ces quatre modes d'identification du rapport de l'humain aux non-humains – et, partant, à la nature –, on se rend à l'évidence que c'est la prédominance de l'ontologie naturaliste occidentale qui explique en

¹²⁸ *Id.*, à la p. 205.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Y.-M. ABRAHAM, préc., note 125, à la p. 219.

¹³¹ *Id.*, à la p. 281. Frédéric KECK, « Le point de vue de l'animisme. À propos de Par-delà nature et culture de Philippe Descola », (2006) 8 *Esprit* 30, 36, en ligne : https://www.cairn.info/revue-esprit-2006-8-page-30.htm?fbclid=IwAR0N8EO94YgLvIsLATpAGWf-MTRE03_7OIHYISWYhK9g0OSinaqlRxOypxU, caractérise les quatre cosmologies par cette comparaison :

Alors que le totémisme rassemble les intentionnalités et les corporéités dans un ancêtre collectif commun, l'analogisme les disperse dans un réseau de correspondances qu'il explore à l'infini : ce sont là deux solutions opposées au problème des discontinuités de l'expérience, posé par le naturalisme sous la forme de la diversité des cultures humaines et par l'animisme sous la forme de la diversité des apparences physiques.

partie la velléité de croissance et son pendant, la crise écologique¹³². Ainsi, « la révolution industrielle est impensable dans le cadre des trois autres cosmologies¹³³ ». Or, le rapport de cause à effet entre la révolution industrielle et la crise écologique s'avère une lapalissade. C'est le naturalisme qui justifie que « [l]a modernité occidentale a transformé la nature en « environnement » : simple décor au centre duquel trône l'homme qui s'autoproclame "maître et possesseur"¹³⁴ ». Et cette transformation elle-même résulte de « la conception libérale classique de l'environnement au sein du droit international général [qui] trouve racines chez les auteurs Francisco de Vitoria, Alberico Gentili, Hugo Grotius et Emer de Vattel¹³⁵ ».

Dès lors, il devient impératif de rompre avec cette ontologie naturaliste. Que faire? Comment? Il faut sortir du naturalisme en accroissant la porosité et la perméabilité aux autres cosmologies pour se défaire de l'idée de nature dans l'entendement naturaliste : « Une chose paraît certaine : le virage cosmologique [...] est amorcé. Le naturalisme ne va déjà plus complètement de soi pour un nombre grandissant d'humains modernes¹³⁶ ». D'ailleurs, la sortie du naturalisme « est la condition *sine qua non* pour que cesse la destruction massive de notre habitat terrestre¹³⁷ ». L'argument de Descola, selon lequel une forme renouvelée de l'ontologie

¹³² À ce propos, d'autres auteurs montrent comment les traditions et les cosmologies des peuples indigènes ou autochtones ont une incidence sur la protection environnementale. Voir John BORROWS, « Earth-bound: Indigenous Resurgence and Environmental Reconciliation », dans Asch MICHAEL, John BORROWS et James TULLY (dir.), *Resurgence and Reconciliation: Indigenous-settler Relations and Earth Teaching*, Toronto/Buffalo, University of Toronto Press, 2018, p. 49; Jeff HEWITT, « Reconsidering Reconciliation: The Long Game », (2014) 67 *Supreme Court Law Review* 259; Susanna QUAIL, « Yah guudang: The Principle of Respect in the Haida Legal Tradition », (2014) 47 *UBC Law Review* 673; Winona LADUKE, « Traditional Ecological Knowledge and Environmental Futures », (1994) 5 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 127.

¹³³ Y.-M. ABRAHAM, préc., note 125, à la p. 219.

¹³⁴ Fr. OST, préc., note 114, aux p. 9-10.

¹³⁵ Hélène MAYRAND, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », (2018) hors-série septembre « Terre à terre : Environnement et approches critiques du droit » *R.Q.D.I.* 35, 40.

¹³⁶ Y.-M. ABRAHAM, préc., note 125, à la p. 225.

¹³⁷ *Id.*

analogiste devrait finir par s'imposer à l'humanité, nous semble convaincant, et celle-ci serait la meilleure protectrice de l'environnement. De toute évidence, l'analogisme se caractérise par la « différence des intériorités » et la « différence des physicalités » entre humains et non-humains¹³⁸ :

L'analogisme est un rêve herméneutique de complétude qui procède d'un constat d'insatisfaction : prenant acte de la segmentation générale des composantes du monde sur une échelle de petits écarts, il nourrit l'espoir de tisser ces éléments faiblement hétérogènes en une trame d'affinités et d'attractions signifiantes ayant toutes les apparences de la continuité. Mais c'est bien la différence infiniment démultipliée qui est l'état ordinaire du monde, et la ressemblance le moyen espéré de le rendre intelligible et supportable¹³⁹.

Nous croyons également que les schèmes de pensées animistes seraient aussi protecteurs de l'environnement, dans la mesure où l'animisme est en quelque sorte une inversion de la logique naturaliste¹⁴⁰. Le vecteur d'appropriation de telles ontologies nous paraît naturellement être l'éducation de base. C'est en cela que des prémisses anthropologiques pourraient influencer et améliorer les réformes juridiques (examinées dans la première partie de notre étude). En plus du remodelage des concepts juridiques au regard de la crise écologique, une réforme politique et juridique du système éducatif viendrait à point nommé pour une protection optimale de l'environnement. Celle-ci devrait permettre à tout le moins d'inculquer les valeurs et les idées analogistes (et celles des autres cosmologies favorables à la protection environnementale) dès le plus jeune âge, tout en dénonçant les méfaits des idées naturalistes auprès des adultes. Concrètement, cela pourrait prendre la forme d'un programme d'éducation citoyenne environnementale obligatoire dès le début de la scolarité¹⁴¹.

¹³⁸ *Id.*, à la p. 176.

¹³⁹ *Id.*, à la p. 283.

¹⁴⁰ Ph. DESCOLA, préc., note 125, à la p. 241.

¹⁴¹ Des guides ou des manuels de vulgarisation pour enfants expliquant les enjeux et les valeurs protectrices de l'environnement pourraient être confectionnés à cet effet en collaboration entre les ministères chargés de l'enseignement et de l'environnement. Ces deux ministères pourraient créer un groupe de travail

Semée à l'école primaire, la graine des ontologies protectrices de l'environnement se développera au fil de la croissance de l'enfant jusqu'à sa maturité, pour en faire un adulte écologique affranchi du naturalisme. Ce serait donc par l'entremise d'une éducation à la base que la tendance naturaliste pourrait être renversée. Peut-être que l'attribution de droits à la Nature et l'octroi de statut juridique à celle-ci traduisent déjà un changement du rapport humain à la nature, mais encore faudrait-il que l'adoption de ces nouvelles lois prenne en considération les valeurs des cosmologies les plus protectrices de l'environnement.

Pour terminer, il conviendrait tout simplement d'« en finir avec la nature¹⁴² », y compris dans et par les lois et les règlements¹⁴³. Cependant, outre l'ontologie ou la cosmologie naturaliste, l'ordre sociopolitique dans lequel elle a pris ses racines est aussi appelé au banc des accusés qui sont présumés coupables de la crise écologique.

2.2 La nécessité d'un nouvel ordre politico-social écologiste

Depuis l'ancrage de l'ordre westphalien, avec la souveraineté et la liberté des échanges comme maîtres mots, et à partir de l'avènement des Nations Unies, on peut dire que l'humanité a connu un dédoublement d'ordre institutionnel et structurel qui se décline sous forme d'ordre international et d'ordre mondial¹⁴⁴ :

L'ordre international est celui des traités de Westphalie. Il vise essentiellement à préserver l'État en tant qu'unité primordiale du

regroupant des spécialistes d'horizons variés (juristes, psychologues, historiens, philosophes, sociologues, graphistes, dessinateurs, etc.) pour la conception et la rédaction de ces ouvrages.

¹⁴² Y.-M. ABRAHAM, préc., note 125, à la p. 217.

¹⁴³ Autrement dit, la logique naturaliste doit être combattue par des lois et des règlements qui s'en départissent et aussi à l'égard des lois et des règlements qui la reproduisent.

¹⁴⁴ Nous nous référons ici à « la distinction qu'opère Gilles Bertrand, à la suite de Bull, entre ordre international et mondial », telle qu'elle a été reprise par Sylvie PAQUEROT, « Droits fondamentaux et enjeux environnementaux : la dimension politique... Un ordre tel que les droits et libertés puissent trouver plein effet », dans André BRAËN (dir.), *Droits fondamentaux et environnement*, Actes du

système contre les contestations infra-, trans-, voire supranationales. « L'ordre mondial est plus large » dans la mesure où il inclut « l'ordre à l'échelle interne ou locale, fourni par les États individuellement, et [...] l'ordre à l'intérieur du système politique mondial au sens large, dont le système interétatique est seulement partie. L'ordre mondial est plus fondamental et primordial que l'ordre international parce que les unités ultimes de la grande société de toute l'humanité ne sont pas les États (ou les nations, tribus, empires, classes ou partis) mais les êtres humains pris individuellement [...]. L'ordre mondial, enfin, est moralement supérieur à l'ordre international » puisque ses valeurs sont celles de toute l'humanité, et pas seulement celles qui priment dans la société internationale¹⁴⁵.

À partir de cette distinction que nous faisons nôtre, nous observons, d'une part, que l'attention est plus orientée vers l'ordre international au détriment de l'ordre mondial. D'autre part, nous remarquons aussi que l'ordre international porte en lui-même des contradictions préjudiciables à la protection environnementale¹⁴⁶ :

Il nous faut constater d'abord qu'avec la création des Nations Unies, deux principes d'ordre contradictoires structurent désormais la scène internationale. En effet, si on peut retrouver, clairement inscrits dans la charte de cette organisation, les principes fondateurs de l'ordre westphalien – la souveraineté et la liberté des échanges –, l'inclusion dans ce texte du principe du respect des droits de l'homme y introduit une contradiction irréductible. L'adoption d'une *Déclaration universelle des droits de l'homme* à l'échelle internationale semble en effet contredire frontalement l'un des principaux fondements de l'ordre antérieur, soit la

colloque « Regards croisés sur les rapports entre les droits fondamentaux et l'environnement : perspectives de la Belgique, du Canada et de la France », tenu par la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, le 25 janvier 2013, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, aux p. 28-29.

¹⁴⁵ Gilles BERTRAND, « Ordre international, ordre mondial, ordre global », (2004) 54 *Revue internationale et stratégique* 99, 100-101. Bertrand lui-même cite Hedley BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Londres, Macmillan, 1977, p. 21.

¹⁴⁶ S. PAQUEROT, préc., note 144, à la p. 27.

souveraineté, en ce qu'elle ne peut se voir *imposer* de règles auxquelles elle n'aurait pas consenti¹⁴⁷.

Cependant, les rédacteurs de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, conscients de ces contradictions, ont été bien inspirés, puisque l'article 28 de celle-ci dispose que : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet¹⁴⁸ ». Quel est cet ordre qui peut donner plein effet aux droits et libertés, y compris au droit de la Nature et au droit humain à un environnement sain ? Une chose est sûre, ce n'est pas l'ordre international décrit plus haut. Cet ordre ressemble plus à l'ordre mondial, à vrai dire à un ordre mondial écologique. Ce dernier ne se créera pas *ex nihilo* : il sera construit par des êtres humains, eux-mêmes remplis de convictions et d'attitudes écologiques. Les tentatives de décryptage d'un ordre public écologique¹⁴⁹ participent justement de l'avènement de cet ordre. Très marqué dans ses aspects libéraux, capitalistes et économiques, l'ordre dominant actuel ne favorise pas une résolution durable de la crise environnementale. Cet ordre est d'ailleurs le substrat de l'ontologie naturaliste décrite plus haut :

Ainsi, le système économique capitaliste n'est pas remis en question, et sa contribution à la dégradation de l'environnement est occultée, notamment par le principe du développement durable qui présuppose que le développement économique n'est pas à repenser en profondeur et peut être accompli tout en assurant le développement social des populations ainsi que la protection de l'environnement¹⁵⁰.

Autant le rapport de l'humain à la nature doit changer, autant l'ordre sociopolitique doit être modifié pour mieux tenir compte des problématiques environnementales. L'absence de reconnaissance d'un droit à un environnement sain à l'échelle internationale est d'ailleurs symptoma-

147

Id.

148

Déclaration universelle des droits de l'homme, Doc. N.U. A/810 (1948), art. 28.

149

Marguerite BOUTELET et Jean-Claude FRITZ, *L'ordre public écologique. Towards an Ecological Public Order*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; N. BELAÏDI, préc., note 2.

150

H. MAYRAND, préc., note 135, 50.

tique de l'inefficacité de l'ordre actuel qui n'arrive pas à résoudre les problématiques environnementales. En effet, aucune convention internationale contraignante *stricto sensu* (à l'exclusion des conventions régionales) ne reconnaît *explicitement* un droit substantiel à un environnement sain¹⁵¹. Nous pourrions cependant relativiser cette conclusion avec la Convention d'Aarhus qui, bien qu'elle soit une convention régionale, est ouverte nommément à la ratification de tous les États et dont l'article premier traite du « droit de chacun de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être¹⁵² ».

En dernière analyse, la nécessité d'un changement d'ordre sociopolitique s'impose plus que jamais, et cela devrait accompagner et compléter les remodelages des concepts de patrimoine et de personnalité juridique pour mettre fin à l'épreuve de la crise écologique. Autrement dit, le réformisme juridique pourrait s'étendre aux réalités ontologiques pour en extraire le potentiel transformateur, voire révolutionnaire. La société civile et les acteurs non étatiques ont un rôle majeur à jouer en renforcement de celui des États, qui pourraient déjà reconnaître le droit de l'humain à un environnement sain sur le plan mondial comme une étape vers la construction d'un ordre mondial écologique. C'est l'une des façons, à notre sens, de combler les limites des tentatives d'extension des concepts de patrimoine et de personnalité juridique : tout le monde est interpellé à cette fin.

Conclusion

Au terme de notre analyse, il y a lieu d'admettre que la crise écologique est une réalité indubitable. Ce défi planétaire a ainsi suscité des réactions d'une telle envergure. La tentative d'attribuer à l'humanité un patrimoine commun, en lui reconnaissant implicitement la personnalité

¹⁵¹ Les auteurs sont unanimes à le reconnaître : D.R. BOYD, préc., note 80, p. 81; Maryse GRANDBOIS et Marie-Hélène BÉRARD, « La reconnaissance internationale des droits environnementaux : le droit de l'environnement en quête d'effectivité », (2003) 44-3 *C. de D.* 427, 452; Rebecca BRATSPIES, « Do We Need a Human Right to a Healthy Environment? », (2015) 13-1 *Santa Clara J. Intl L.* 31; C. GONZALEZ, préc., note 87; S. ATAPATTU, préc., note 13.

¹⁵² Convention d'Aarhus, préc., note 12, art. 1.

juridique, relève de ce type de réaction au niveau mondial. Il en va de même pour la mise en patrimoine d'éléments à la fois culturels et naturels dans le contexte de l'Unesco. Le défi de la crise environnementale est aussi perçu ou relevé différemment par les États pris sur un plan individuel. Les législations prenant en considération les concepts d'État gardien et d'État fiduciaire, y compris celles qui reconnaissent des droits à la Nature, en sont une illustration. Cependant, force est d'admettre que toutes ces réformes et tentatives de relever le défi de la crise environnementale se révèlent utiles mais insuffisantes. Il faudrait, en plus de cette attitude réformiste, une audace révolutionnaire pour aller vers un ordre mondial écologique dans lequel chacun pourrait vivre dans un environnement sain. C'est en cela qu'un changement du rapport de l'humain à la nature et de l'ordre sociopolitique s'avère nécessaire pour donner pleine effectivité et efficacité aux tentatives de stopper, sinon du moins ralentir, la crise écologique. Ce changement pourrait se réaliser au moyen de l'éducation. Et, à ce propos, les tergiversations ne sont plus permises : le temps est venu de franchir le Rubicon!

À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs

par Hélène MAYRAND*
et Andrew SMITH-GRÉGOIRE**

L'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers (Entente sur les tiers pays sûrs) fait l'objet de nombreuses critiques. Signé dans l'objectif de contrer la recherche du meilleur pays d'asile (asylum shopping), l'Entente sur les tiers pays sûrs empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays, sous réserve de certaines exceptions. Le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux points d'entrée situés à une frontière terrestre a entraîné une augmentation des entrées irrégulières au Canada, en particulier depuis 2017. Dès son adoption, l'Entente sur les tiers pays sûrs a été soumise à de nombreuses contestations judiciaires. C'est dans ce contexte que les auteurs analysent sa mise en œuvre en droit canadien et les problèmes que l'entente soulève. Ainsi, les auteurs soutiennent que cette entente est contreproductive, puisqu'elle n'encadre pas efficacement le traitement des demandes d'asile en provenance des États-Unis. De plus, ils présentent l'historique des nombreuses contestations judiciaires relevées à son sujet, dont la dernière décision de la Cour fédérale de 2020 concluant que l'Entente sur les tiers pays sûrs porte atteinte à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

** Avocat, Aide juridique Abitibi-Témiscamingue.

The Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for cooperation in the examination of refugee status claims from nationals of third countries (Safe Third Country Agreement) has been subject to criticism since its adoption. Aimed at addressing asylum shopping, the agreement prevents asylum seekers, who have transited through one country, from applying for asylum in the other, subject to certain exceptions. The fact that the agreement applies only to land border ports of entry has led to an increase in irregular entries into Canada, particularly since 2017. The agreement has been the subject of numerous legal challenges. Against this backdrop, the authors analyze the implementation of the agreement in Canadian law and the issues it raises. They argue that the agreement is counterproductive, as it fails to effectively promote the orderly processing of refugee claims from the United States. They also examine the historical background of the numerous legal challenges to the agreement, including the latest Federal Court decision of 2020 which found that the agreement violates section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE

Introduction	325
I. De la recherche du meilleur pays d’asile à la notion de tiers pays sûr	329
II. L’Entente sur les tiers pays sûrs	336
III. Une entente contreproductive	343
A. Hausse de ressources requises pour appliquer l’Entente sur les tiers pays sûrs.....	344
B. Tentatives de pallier une entente contreproductive	348
IV. Les États-Unis : un tiers pays sûr?	352
A. Historique des contestations judiciaires.....	352
i. <i>Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (1^{re} instance 1989)</i>	353
ii. <i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (CF 2007)</i>	354
iii. <i>Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008)</i>	358
B. Nouvelle contestation : <i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (CF 2020)</i>	361
i. Arguments de droit adminsitratif.....	362
ii. Arguments constitutionnels en vertu de l’article 7 de la Charte.....	363
iii. Arguments constitutionnels en vertu de l’article 15 de la Charte.....	370
Conclusion	372

Introduction

L'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers (Entente sur les tiers pays sûrs)¹, suscite l'ire de plusieurs depuis son entrée en vigueur. Il fait l'objet de contestations, certains proposant sa suspension² ou encore attaquant la légalité de la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr³. Cet accord empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays lorsqu'ils arrivent à un point d'entrée situé à une frontière terrestre, sous réserve de certaines exceptions.

¹ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, R.T.C., (entré en vigueur au Canada le 29 décembre 2004) (ci-après « Entente sur les tiers pays sûrs »).

² Par exemple : BLOC QUÉBÉCOIS, *Plateforme politique du Bloc québécois*, (2019), en ligne : <https://www.bloquebecois.org/wp-content/uploads/2019/10/Plateforme_Bloc2019_web-1.pdf>, p. 9; Texte collectif, « L'immigration "illégal" n'existe pas », *Le Devoir*, 7 mars 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/493312/traversees-irregulieres-pour-revendiquer-l-asile-au-canada-l-immigration-illegale-n-existe-pas?fbclid=IwAR2DPldFk54EBDge-Ep1TxH3RNnoCBXW-Fso8z8kKv8HZmDF5k8DI5JSPT0#>>>; INSTITUT BROADBENT, « Petition : Suspend Safe Third Country Agreement with the United States », en ligne : <https://www.broadbentinstitute.ca/petition_suspend_safe_third_country_agreement_with_the_united_states>.

³ *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 534 (CAF); *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (ci-après « Conseil canadien des Églises (CSC) »); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262 (ci-après « Conseil canadien pour les réfugiés (CF 2007) »); *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2008 CAF 229 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C. 2009-02-05, 32820) (ci-après « Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008) »); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, IMM-2977-17/IMM-775-17/IMM-2229-17 (CF); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 770 (ci-après « Conseil canadien pour les réfugiés (CF 2020) »).

Depuis 2017, le Canada a vu le nombre de demandeurs d'asile venant des États-Unis, son unique voisin avec qui il partage une frontière terrestre, augmenter de façon considérable, en particulier à la suite de l'élection du président Donald Trump. Afin de ne pas être soumis à l'Entente sur les tiers pays sûrs et dans le but de pouvoir déposer une demande d'asile au Canada, plusieurs ont choisi d'emprunter des routes secondaires, comme le désormais célèbre chemin Roxham au Québec, où se concentrent les entrées irrégulières au pays⁴. C'est ainsi que du début de l'augmentation significative des entrées irrégulières en février 2017 jusqu'à la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020, résultant de la pandémie de la COVID-19, 58 255 personnes sont entrées au Canada de façon irrégulière⁵.

Quoique certains aient pu le laisser entendre⁶, ce mouvement migratoire n'est pas clandestin, puisque les personnes en question se présentent immédiatement aux agents de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à leur arrivée au Canada. Ces derniers les attendent à la frontière; une fois en sol canadien, les demandeurs d'asile suivent le même processus de demande d'asile que ceux qui se présentent à un point d'entrée officiel et dont la demande n'est pas irrecevable en raison de l'Entente sur les tiers pays sûrs⁷. De plus, les passages irréguliers ne sont pas illégaux. En effet,

⁴ En 2018, 96 % des demandeurs d'asile entrés irrégulièrement au pays sont passés par le chemin Roxham : LA PRESSE CANADIENNE, « Le chemin Roxham est un choix populaire chez les demandeurs d'asile “irréguliers” », *Le Droit*, 14 mai 2018, en ligne : <<https://www.ledroit.com/actualites/le-chemin-roxham-est-un-choix-populaire-chez-les-demandeurs-dasile-irreguliers-216b84a3bde21b3f2748a9f86aed45e5>>.

⁵ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, *Statistiques relatives aux personnes arrivées à la suite d'un passage irrégulier à la frontière*, 2020, en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/Pages/Statistiques-relatives.aspx>> (à jour au 9 septembre 2020).

⁶ Voir, par exemple, les déclarations du chef du Parti conservateur du Canada, Andrew Scheer : Jean-François MORISSETTE, « Andrew Scheer veut s'attaquer à l'immigration clandestine au Canada », *Radio-Canada*, 28 mai 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1172342/andrew-scheer-immigration-illegale-canada-entente-pays-tiers-surs>>.

⁷ Tous les actes de procédure sont les mêmes et prévus par la loi; voir : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demander l'asile : toutes les lois sont appliquées*

la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)⁸ précise que les demandeurs d'asile ne peuvent être accusés d'une infraction liée à leur entrée irrégulière, par exemple du fait de ne pas détenir les documents et les autorisations pour entrer au Canada ou encore de ne pas s'être présentés à un point d'entrée officiel⁹. La position du Canada s'appuie sur l'obligation enchâssée dans la *Convention relative au statut des réfugiés* selon laquelle les États ne peuvent imposer de sanctions pénales aux réfugiés en raison de leur entrée irrégulière dans le pays d'accueil¹⁰. Finalement, il est important de noter que les personnes arrivant des États-Unis qui évitent l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs et qui peuvent ainsi déposer leur demande d'asile au Canada ne sont pas pour autant de « faux réfugiés », contrairement à ce que d'aucuns prétendent¹¹. Par exemple, le taux d'acceptation des demandes d'asile déposées à la suite d'un passage irrégulier au Canada est légèrement inférieur à celui des autres demandes d'asile faites

et le processus est suivi rigoureusement, 1 mai 2019, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/campagnes/passage-irreguliers-frontiere-asile/aucun-sejour-automatique.html>>; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, par. 5 (ci-après « affaire Kreishan »).

⁸ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (ci-après « LIPR »).

⁹ *Id.*, art. 133; voir aussi à ce sujet : Guy GENDRON, « Les migrants empruntant le chemin Roxham pour entrer au Canada sont-ils des “illégaux” ? », *Radio-Canada*, 17 octobre 2019, en ligne : <<https://cbc.radio-canada.ca/fr/ombudsman/revisions/2019-10-09>>; de façon plus générale, voir Louise ARBOUR, « Immigrants illégaux, un terme à proscrire », *Le Devoir*, 14 août 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/505624/immigrants-illegaux-un-terme-a-proscrire?fbclid=IwAR3oSjQDAD2hT4A4O96Q2o1JBCnb2Kbd-qmlJviC9mehcUAY4iywFjQocU>>.

¹⁰ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 2545, art. 31 : le principe est plus restreint cependant que ce que la LIPR prévoit, car il s'applique aux réfugiés qui arrivent « directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée »; James C. HATHAWAY et Michelle FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 29.

¹¹ Voir, par exemple, Christian LEUPRECHT, « The End of the (Roxham Road), Seeking Coherence on Canada's Border-migration Compact », *Macdonald-Laurier Institute*, décembre 2019, p. 4, en ligne : <https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/20191108_MLI_ROXHAM_ROAD_Leuprecht_PAPER_FWeb.pdf?mc_cid=f0bfa4676f&mc_eid=38a00fb976>.

aux points d'entrée officiels, soit 46 % pour 2018 (comparativement à 55 %) et 50 % pour 2019 (comparativement à 59 %)¹².

Dans ce contexte hautement politisé et judiciairisé, nous voulons apporter un éclairage sur l'Entente sur les tiers pays sûrs. Pour ce faire, nous la contextualiserons en premier lieu à la lumière de la notion de recherche du meilleur pays d'asile (*asylum shopping*)¹³ et du développement du concept de tiers pays sûr. En deuxième lieu, nous expliquerons sa mise en œuvre en droit canadien puis nous examinerons les enjeux qui y sont liés. En troisième lieu, nous exposerons la raison pour laquelle cette entente ne permet pas d'atteindre l'un de ses objectifs qui consiste à favoriser un traitement ordonné des demandes d'asile, mais entraîne plutôt un fardeau important pour le Canada qui doit mettre en place des ressources additionnelles afin de faire face aux entrées irrégulières. En quatrième et dernier lieu, nous présenterons les nombreuses contestations judiciaires menées en vue d'invalidier la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr, dont la dernière décision de juillet 2020 de la Cour fédérale dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (CF 2020) qui conclut que la mise en œuvre de l'Entente sur les tiers pays sûrs viole l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴. Quoique notre article se concentre davantage sur la période avant

¹² Pour les passages irréguliers, on compte 3 307 demandes accueillies sur 7 134 demandes traitées en 2018 et 7 792 demandes accueillies sur 15 561 demandes traitées en 2019 : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5; pour toutes les demandes d'asile traitées en 2018, 14 790 demandes ont été accueillies sur 26 805 : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, « Demandes d'asile par pays présenté comme pays de persécution – 2018 », en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/asile/Pages/SPRStat2018.aspx>>; pour toutes les demandes d'asile traitées en 2019, on dénombre 25 034 demandes accueillies sur 42 491 : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, « Demandes d'asile par pays présenté comme pays de persécution – 2019 », en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/asile/Pages/SPRStat2019.aspx>>.

¹³ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Zeng*, 2010 CAF 118, par. 1 (ci-après « affaire Zeng »).

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte »); *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3.

la pandémie de la COVID-19, il tient compte des récents développements concernant la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020 ainsi que des pratiques américaines de refoulement des demandeurs d'asile dans ce contexte.

I. De la recherche du meilleur pays d'asile à la notion de tiers pays sûr

La recherche du meilleur pays d'asile (*asylum shopping*) désigne deux situations différentes : la présentation d'une demande d'asile dans un autre pays que celui où une personne a obtenu les attributs relatifs à la citoyenneté et où elle ne craint pas la persécution ; et le transit à travers un pays considéré comme sécuritaire sans y déposer une demande d'asile afin de le faire dans un autre pays¹⁵. Ces mouvements migratoires sont motivés par l'existence de conditions plus favorables dans certains pays, eu égard notamment aux processus de demande d'asile, à l'accès à l'éducation et aux services sociaux, aux possibilités d'emploi, à la langue, à la présence de membres de la famille, etc.¹⁶ De tels mouvements sont considérés comme irréguliers lorsqu'ils impliquent l'entrée dans le pays sans les autorisations ou documents nécessaires, par exemple par l'usage de faux documents¹⁷.

Le phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile n'est pas nouveau. Son statut de problème à résoudre a fait son apparition au cours des années 80, alors que plusieurs pays d'accueil de réfugiés ont vu une augmentation des demandes formulées à l'intérieur de leurs frontières par des demandeurs d'asile s'étant déplacés jusqu'au pays d'accueil¹⁸. En 1980,

¹⁵ COMITÉ EXÉCUTIF DU PROGRAMME DU HAUT-COMMISSAIRE, *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile se déplaçant de façon irrégulière d'un pays où ils ont déjà trouvé une protection*, Conclusion n° 58 (XL), Doc. off. ExCom, 40^e sess., Doc. N.U. 12A (A/44/12/Add.1), (1989) (ci-après « Conclusion n° 58 (XL) »).

¹⁶ Ségolène BARBOU DES PLACES et Hélène OGER, « Making the European Migration Regime: Decoding Member States' Legal Strategies », (2004) 6-4 *Eur. J. Migr. Law* 353, 369.

¹⁷ Conclusion n° 58 (XL), préc., note 15.

¹⁸ David A. MARTIN, « The New Asylum Seekers », dans David A. MARTIN (dir.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s. The Ninth Sokol Colloquium*

en l'espace de quelque mois seulement, les États-Unis ont reçu 125 000 demandeurs d'asile venant de Cuba, alors que leur nombre total atteignait des sommets¹⁹. Parallèlement, l'Europe de l'Ouest enregistrait 158 000 demandes d'asile faites à l'intérieur de ses frontières, alors que seules 20 000 demandes avaient été recensées en 1976²⁰. À l'époque des premières manifestations de la recherche du meilleur pays d'asile et dans l'objectif de ralentir l'afflux important de demandeurs d'asile et de réfugiés vers les pays présentant les meilleurs systèmes d'accueil des réfugiés, une sorte de concurrence a commencé à s'installer entre les différents pays d'Europe où les États ont cherché à rendre leurs conditions d'accueil moins bonnes que celles de leurs voisins afin que les réfugiés choisissent de s'établir par-delà leurs frontières²¹.

Les demandes d'asile formulées à l'intérieur des frontières d'un pays d'accueil revêtent un caractère particulier : elles lient les États en étant destinataires puisqu'ils ont l'obligation, selon le principe de non-refoulement de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, d'en faire un examen avant de décider de renvoyer ou d'accueillir un demandeur d'asile. Au contraire des programmes de réinstallation qui permettent aux pays d'accueil de sélectionner les réfugiés qui se trouvent à l'étranger et hors de leur pays d'origine²², les demandes d'asile faites dans le pays d'accueil obligent les États à déployer immédiatement des ressources afin d'offrir aux réfugiés les services auxquels ils ont droit²³. Ces demandes faites à l'intérieur des pays d'accueil limitent ainsi le contrôle de ces derniers sur leurs politiques migratoires, car elles ne permettent pas la sélection préalable des réfugiés ou encore l'instauration de quotas²⁴. Le

on International Law, Dordrecht, Springer Netherlands, 1988, p. 1, à la p. 6; S. BARBOU DES PLACES et H. OGER, préc., note 16.

¹⁹ D. MARTIN, préc., note 18, p. 6.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*, p. 4; S. BARBOU DES PLACES et H. OGER, préc., note 16, p. 369.

²² Sur le Programme de réinstallation dans le contexte canadien, voir Shauna LABMAN, *Crossing Law's Border: Canada's Refugee Resettlement Program*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2019.

²³ Voir les droits prévus dans la *Convention relative au statut des réfugiés*, préc., note 10.

²⁴ D. MARTIN, préc., note 18, p. 6.

Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) précise que ces déplacements secondaires irréguliers à partir d'un pays où un réfugié a trouvé protection entraînent un effet déstabilisant sur les efforts internationaux structurés afin de trouver des solutions appropriées pour les réfugiés²⁵.

C'est dans ce contexte du phénomène de l'augmentation des migrations entre les pays d'accueil et du nivellement par le bas des conditions d'accueil, en particulier en Europe, que le HCR a adopté en 1989 la Conclusion n° 58 (XL) concernant le *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile se déplaçant de façon irrégulière d'un pays où ils ont déjà trouvé une protection*²⁶. Cette conclusion a jeté les bases du concept de tiers pays sûr et de l'adoption d'accords le mettant en œuvre. En effet, elle reconnaît que les demandeurs d'asile et les réfugiés ayant trouvé protection dans un pays ne devraient normalement pas se déplacer de façon irrégulière dans le but de trouver une solution durable dans un autre pays²⁷. Lorsqu'ils agissent de cette façon, le HCR mentionne qu'ils peuvent être retournés dans le premier pays où ils ont trouvé refuge si, dans ce pays, les demandeurs d'asile et les réfugiés sont protégés contre le refoulement et qu'ils peuvent y demeurer dans le respect des standards minimaux de droits de la personne jusqu'à ce qu'une solution durable soit trouvée. Le HCR souligne également que les déplacements irréguliers peuvent être encadrés de façon efficace par voie d'actions concertées entre pays, en consultation avec ses propres instances²⁸.

La position du HCR exprimée dans la Conclusion n° 58 (XL) a servi d'appui aux concepts de tiers pays sûr et de pays de premier asile comme façon de répondre aux migrations irrégulières des demandeurs d'asile et des réfugiés. Le concept de tiers pays sûr se distingue de celui de pays de premier asile. Celui-ci est le premier pays atteint par un demandeur d'asile fuyant des persécutions et où il a reçu ou aurait pu recevoir la protection

²⁵ Conclusion n° 58 (XL), préc., note 15.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*, par. e).

²⁸ *Id.*, par. c).

nécessaire²⁹. Le concept de tiers pays sûr s'avère plus englobant, car il fait référence à la fois au premier pays d'asile et à un autre pays par lequel le demandeur d'asile a transité, et même potentiellement à un pays dit sécuritaire dans lequel le demandeur d'asile n'a jamais mis les pieds³⁰. Ainsi, la notion de tiers pays sûr inclut celle de premier pays d'asile, mais un tiers pays sûr n'est pas nécessairement le premier pays d'asile³¹. Nous nous concentrerons dans notre article sur la notion de tiers pays sûr qui, par exemple, permet au Canada de retourner des demandeurs d'asile guatémaltèques aux États-Unis (tiers pays sûr), même si ceux-ci ont d'abord transité par le Mexique (pays de premier asile) avant de trouver refuge aux États-Unis.

Les États s'appuient sur le droit international pour justifier le concept de tiers pays sûr, en particulier sur le principe de non-refoulement. Enchâssé dans l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, ce principe prohibe l'expulsion directe ou indirecte d'un réfugié **seulement** dans un pays où le réfugié risque d'être persécuté pour l'un des motifs de cette convention. *A contrario*, il permet l'expulsion vers un autre pays dit sûr³². L'autre obligation de non-refoulement reconnue en droit international, soit celle de l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*³³ s'applique de façon similaire. Cette convention interdit effectivement l'expulsion, le refoulement ou l'extradition seulement vers un État dans lequel une personne serait à risque d'être soumise à la torture. Contrairement au principe de non-refoulement de la *Convention relative au statut des réfugiés*, il n'y a aucune exception à cette obligation.

²⁹ Savitri TAYLOR, « Protection Elsewhere/Nowhere », (2006) 18-2 *Int. J. Refug. Law*. 283, 289.

³⁰ *Id.*, 309. Nous rapportons ici l'interprétation préconisée par l'Australie dans sa politique migratoire, bien que la légalité du transfert d'un migrant vers un pays avec lequel il n'a aucun lien soit, au mieux, douteuse.

³¹ María-Teresa GIL-BAZO, « The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection », (2015) 33-1 *Neth. Q. of Hum. Rights* 42.

³² *Id.*, p. 44; S. TAYLOR, préc., note 29, 287.

³³ *Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. 39/46, Doc. Off. A.G. N.U., 39^e session, Doc. N.U. A/39/708 (1984) (ci-après « Convention contre la torture »).

Le droit international prévient également une partie du phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile par la clause d'exclusion de l'article 1 E) de la *Convention relative au statut des réfugiés*³⁴. Celle-ci fait en sorte qu'un réfugié ayant établi sa résidence dans un pays d'accueil dans lequel il possède « les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays » se verra exclu de la protection d'un autre pays d'accueil³⁵. Cependant, les États ne peuvent exclure selon cette disposition les demandeurs d'asile transitant par un pays pour se rendre à un autre plus attrayant, car ils n'y ont pas établi leur résidence³⁶. Ainsi, la clause d'exclusion vise les personnes qui ont un statut de citoyens *de facto* : puisque c'est une disposition d'exception, les conditions d'application de cet article sont exhaustives³⁷.

Malgré l'élaboration du concept de tiers pays sûr, sa définition concrète est sujette à débats³⁸. Le courant prédominant en droit international fait de la protection effective la caractéristique essentielle d'un tiers pays sûr. Tel est le critère préconisé par le HCR lorsqu'il fait référence au renvoi des migrants vers un autre État³⁹. La définition de ce que constitue une protection effective en droit international n'est pas clairement arrêtée, mais

³⁴ Voir l'affaire *Zeng*, préc., note 13.

³⁵ *Id.* Pour des exemples d'application de la clause d'exclusion dans le contexte canadien, voir : *Fleurisca c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2019 CF 810; *Milfort-Laguere c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2019 CF 1361; *Augustin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2019 CF 1232. Voir aussi : HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *UNHCR Note on the Interpretation of Article 1E of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, (2004), en ligne : <<https://www.refworld.org/pdfid/49c3a3d12.pdf>>.

³⁶ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, préc., note 35, 2-3.

³⁷ J. HATHAWAY et M. FOSTER, préc., note 10, 500-509.

³⁸ S. TAYLOR, préc., note 29, 289.

³⁹ *Id.*; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *An Overview of Protection Issues in Europe: Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR*, (1995), p. 23, en ligne : <<https://www.unhcr.org/publications/euroseries/46e65e1e2/overview-protection-issues-europe-legislative-trends-positions-taken-unhcr.html>>.

la doctrine a mis en évidence certaines conditions fondées sur les directives du HCR⁴⁰. Pour être reconnu comme un pays tiers sûr, un État doit donc :

- consentir à la réadmission du demandeur d’asile;
- ne pas constituer un État persécuteur pour le demandeur;
- offrir des garanties pour assurer le respect des droits de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de la Convention contre la torture;
- respecter les droits de la personne internationaux et régionaux;
- offrir des garanties que le demandeur d’asile pourra présenter sa demande selon une procédure juste et équitable, en tenant compte notamment de ses vulnérabilités spécifiques et, dans le contexte canadien, de l’accès à l’aide juridique et à la représentation par avocat;
- être partie à la *Convention relative au statut des réfugiés* ainsi qu’au *Protocole relatif au statut des réfugiés*⁴¹;
- offrir une solution durable au réfugié⁴².

Le transfert vers un pays tiers sûr ne doit pas conduire à un refoulement indirect ou « à la chaîne », en vertu duquel un pays renvoie un demandeur d’asile vers un pays tiers, ce dernier le retournant dans son pays d’origine où il risque d’être persécuté⁴³.

Pour contrer la recherche du meilleur pays d’asile et mettre en œuvre le concept de tiers pays sûr à la suite de la Conclusion n° 58 (XL) du HCR,

⁴⁰ S. TAYLOR, préc., note 29; Stephen H. LEGOMSKI, « Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection », (2003) 15-4 *Int. J. Refug. Law*. 567, 573; Isaac A. BINKOVITZ, « State Practice with Respect to the Safe Third Country Concept: Criteria for Determining that a State Offers Effective Protection for Asylum Seekers and Refugees », (2018) 50-3 *George. Wash. Int. Law Rev.* 581.

⁴¹ SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DES NATIONS UNIES, *Protocole relatif au statut des réfugiés*, Rés. 2198 (XXI), Doc. Off. A.G. N.U., 21^e session, Doc. N.U. A/6586 (1966).

⁴² I. BINKOVITZ, préc., note 40, 584; St.H. LEGOMSKI, préc., note 40.

⁴³ I. BINKOVITZ, préc., note 40, 618.

les pays se sont tournés vers l'adoption de mesures multilatérales, bilatérales ou encore unilatérales⁴⁴. La logique derrière l'adoption de ces accords et lois repose sur la prémisse qu'un réfugié est en mesure de bénéficier d'une protection équivalente à celle du pays d'accueil dans le tiers pays sûr⁴⁵. Les accords sur les tiers pays sûrs, multilatéraux ou bilatéraux, permettent de désigner ces pays, de faciliter le renvoi des demandeurs d'asile inadmissibles et de partager entre les États la responsabilité de l'examen des demandes d'asile⁴⁶. Pour répondre à la recherche du meilleur pays d'asile et aux demandes d'asile multiples, le premier accord sur les tiers pays sûrs, soit la *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes – Convention de Dublin*⁴⁷, a été conclu en Europe en 1990 avant d'entrer en vigueur en 1997⁴⁸. Elle établit un mécanisme détaillé pour déterminer l'État chargé d'examiner la demande d'asile. Cette convention, dont l'objet est de mettre un terme au nivellement par le bas des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, n'a comme signataire au départ que 12 pays européens⁴⁹. De nos jours, elle s'applique à tous les pays de l'Union européenne; notons qu'elle a été révisée à deux reprises et que la dernière version est connue sous le vocable de *Règlement Dublin III*⁵⁰. Lors de l'adoption de la première version dans la Convention de Dublin, celle-ci été

⁴⁴ St.H. LEGOMSKI, préc., note 40, 575.

⁴⁵ S. TAYLOR, préc., note 29, 287-288.

⁴⁶ M.-T. GIL-BAZO, préc., note 31, 48; Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, préambule.

⁴⁷ *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes – Convention de Dublin*, 15 juin 1990, (1997), journal officiel n° C 254 01 (ci-après « Convention de Dublin »).

⁴⁸ M.-T. GIL-BAZO, préc., note 31, 66.

⁴⁹ Convention de Dublin, préc., note 47. Ces pays sont la Belgique, le Danemark, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni.

⁵⁰ *Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride*, Règlement n° 604/2013 du Parlement Européen et du conseil, 26 juin 2013, JOUE.

accueillie favorablement par le HCR⁵¹. Certains autres États ont plutôt choisi une approche unilatérale pour mettre en œuvre le concept de tiers pays sûr dans la législation interne, comme c'est le cas pour l'Australie⁵² ou l'Afrique du Sud⁵³. Au Canada, il a fallu attendre les années 2000 pour que l'Entente sur les tiers pays sûrs voie le jour.

II. L'Entente sur les tiers pays sûrs

La notion de tiers pays sûr apparaît en droit canadien dès 1988, la loi prévoyant la possibilité pour le gouvernement canadien de désigner des tiers pays sûrs et d'y renvoyer les demandeurs d'asile ayant pu y présenter une demande⁵⁴. Le Canada reconnaissait ainsi que, « dans le cas où un réfugié aurait pu demander la protection d'un autre pays sûr, il est raisonnable et approprié de lui demander de retourner dans ce pays et de profiter de cette occasion⁵⁵ ».

La désignation d'un tiers pays sûr par le Canada se fait par voie réglementaire par le gouverneur en conseil. Comme cela a été confirmé dans l'affaire *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008)⁵⁶, le gouverneur en conseil doit considérer les facteurs suivants, énumérés au

⁵¹ St.H. LEGOMSKI, préc., note 40, 580; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Note générale sur la notion de pays et sur le statut de réfugié*, 42^e sess, EC/SCP/68, (26 juillet 1991), par. 14.

⁵² S. TAYLOR, préc., note 29, 287; *Australian Migration Act*, 1958, compilation No. 140, art. 91D.

⁵³ M.-T. GIL-BAZO, préc., note 31, 52; *2011 Immigration Amendment Act (Act 13/2011)*, Republic of South Africa Government Gazette, Regulation Gazette, Vol. 587, No. 37679, 22 May 2014.

⁵⁴ *Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-55 (sanctionné – 21 juillet 1988), 2^e sess., 33^e légis. (Can.), art. 15; Sasha BAGLEY et Martin JONES, *Refugee Law*, 2^e éd., coll. « Essentials of Canadian Law », Toronto, Irwin Law, 2017, p. 14; *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 5.

⁵⁵ *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés – Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, entré en vigueur le 29 décembre 2004 (décret), (2002) 43 Gaz. Can. II 3203, p. 3241 (ci-après « Résumé de l'étude d'impact de la réglementation »).

⁵⁶ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 73-78.

paragraphe 102 (2) de la LIPR, pour désigner des pays comme tiers pays sûrs :

- le fait que ces pays sont parties à la *Convention relative au statut des réfugiés* et à la Convention contre la torture;
- leurs politiques et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés* et les obligations découlant de la Convention contre la torture;
- leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;
- le fait qu'ils sont ou non parties à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile.

Le paragraphe 102 (3) de la LIPR prévoit également que le gouverneur en conseil assurera le suivi de l'examen de ces conditions pour chacun des pays désignés⁵⁷.

Il faudra attendre le 5 décembre 2002 pour que l'Entente sur les tiers pays sûrs soit adoptée; il entrera en vigueur le 29 décembre 2004⁵⁸. Comme le rappelle son préambule et conformément au concept de tiers pays sûr, l'Entente sur les tiers pays sûrs a pour objectifs de partager la responsabilité entre le Canada et les États-Unis pour le traitement des demandes d'asile, d'établir une stratégie commune afin de favoriser un traitement ordonné de celles-ci, et ce, dans le respect des droits des réfugiés, en particulier du principe de non-refoulement⁵⁹. La Cour d'appel fédérale a reconnu ces objectifs dans l'affaire *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*⁶⁰. Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), cette cour a aussi invoqué des objectifs similaires en ce qui a trait à l'article 102 de la LIPR : «le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile

⁵⁷ *Id.*, par. 73.

⁵⁸ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1.

⁵⁹ *Id.*; Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, préc., note 55, préambule et p. 3241-3242.

⁶⁰ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 4.

avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne⁶¹ ».

Conformément à ses objectifs, l'Entente sur les tiers pays sûrs encadre le processus de recevabilité des demandes d'asile présentées tant au Canada qu'aux États-Unis. Cependant, nous adopterons ici la perspective d'un demandeur d'asile qui transite par les États-Unis et qui souhaite déposer sa demande d'asile au Canada et nous nous concentrerons sur la mise en œuvre de cet accord en droit canadien. Celle-ci a été assurée par l'adoption en 2004 des articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR)⁶², l'article 159.3 désignant les États-Unis comme tiers pays sûr.

La principale fonction de l'Entente sur les tiers pays sûrs est de rendre irrecevable, en vertu de l'alinéa 101 (1) e) de la LIPR, une demande d'asile déposée par une personne venant du pays sûr, sous réserve de certaines exceptions. En effet, cette personne doit soumettre sa demande dans le premier pays de séjour, soit, dans le cas qui nous occupe, les États-Unis⁶³. L'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique cependant qu'aux **points d'entrée situés à une frontière terrestre**⁶⁴. Elle exclut donc les chemins situés en dehors des postes frontaliers officiels, tel le chemin Roxham, les ports ainsi que les aéroports sous réserve de mesures spécifiques pour la personne expulsée des États-Unis par avion qui est en transit au Canada⁶⁵. Cette application restreinte de l'accord avait pour objet

⁶¹ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 75.

⁶² *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Gaz. Can. II) (ci-après « RIPR »).

⁶³ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 1 et 4.

⁶⁴ *Id.*, art. 4; RIPR, préc., note 62, art. 159.4. Cependant, les décrets adoptés dans le contexte de la pandémie de COVID-19 sont venus atténuer la portée de cette exception. Il en sera question plus loin dans notre article.

⁶⁵ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 5 b); RIPR, préc., note 62, art. 159.4 (2); dans ce dernier cas, la personne en transit au Canada après avoir été expulsée des États-Unis par avion soit poursuit le transit vers le pays tiers si sa demande d'asile a été rejetée aux États-Unis, soit doit retourner aux États-Unis pour qu'y soit examinée sa demande d'asile.

de faciliter sa mise en œuvre, en particulier pour établir que la personne vient bel et bien du pays sûr⁶⁶. Comme plusieurs l'ont souligné, cette restriction est à l'origine des passages irréguliers au Canada⁶⁷.

Certaines personnes sont exemptées de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs et pourront ainsi déposer une demande d'asile au Canada. C'est le cas pour les citoyens américains ou apatrides ayant leur résidence habituelle aux États-Unis⁶⁸, les mineurs non accompagnés⁶⁹ et les personnes possédant un visa valide afin de pénétrer sur le territoire canadien ou ne requérant pas de visa à cet effet et ayant un visa américain⁷⁰. L'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique pas non plus aux personnes ayant un membre de la famille présent au Canada, soit le conjoint de fait ou l'époux, les enfants, les parents, les sœurs et frères, les grands-parents, les petits-enfants, l'oncle, la tante, la nièce et le neveu⁷¹. Ce membre de la famille doit

⁶⁶ CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Le règlement sur les tiers pays sûrs*, Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 2^e sess., 37^e légis., décembre 2002, p. 11.

⁶⁷ Danielle BEAUDOIN, « Cette entente qui incite à traverser irrégulièrement la frontière », *Radio-Canada*, 8 avril 2017, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1018824/entente-tiers-pays-surs-explication-debat-suspension>>; les chefs de partis politiques Andrew Scheer, Maxime Bernier et Yves-François Blanchet ont notamment signalé cette « faille » dans la loi lors de la dernière campagne électorale : Émilie DUBREUIL, « Chemin Roxham : “il n’y a plus rien à voir ici” », *Radio-Canada*, 18 octobre 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1350521/saint-bernard-lacolle-chemin-roxham-migrants-elections>>; Aaron HUTCHINS, « Into Canada through a Loophole », *Maclean's*, 1^{er} août 2018, en ligne : <<https://archive.macleans.ca/article/2018/8/1/into-canada-through-a-loophole>>.

⁶⁸ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art 2; RIPR, préc., note 62, art. 159.2.

⁶⁹ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 4 (2) c); RIPR, préc., note 62, art. 159.5 e).

⁷⁰ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 4 (2) d); RIPR, préc., note 62, art. 159.5 f) et g). Les citoyens britanniques d'outre-mer ainsi que les ressortissants des pays suivants sont actuellement visés par l'exception de l'article 159.5 g) du RIPR : Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Botswana, Chypre, Grèce, Malte, Namibie, Papouasie-Nouvelle-Guinée, République de Corée (sud), Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent, îles Salomon, Swaziland, État indépendant du Samoa.

⁷¹ RIPR, préc., note 62, art. 159.1 (« membre de la famille »).

posséder un statut autre que celui de visiteur sur le territoire canadien, soit l'un des statuts suivants :

- citoyen canadien;
- personne protégée;
- résident permanent;
- personne en attente d'une décision concernant une demande de résidence permanente pour des motifs humanitaires et faisant l'objet d'un sursis de renvoi pour des raisons d'ordre humanitaire ou d'intérêt public;
- être âgé d'au moins 18 ans et avoir déposé une demande d'asile au Canada;
- être âgé d'au moins 18 ans et être titulaire d'un permis de travail ou d'un permis d'études valide⁷².

L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit également une exception fondée sur l'intérêt public permettant à l'un des deux États d'examiner une demande d'asile d'une personne qui serait normalement irrecevable⁷³. Alors que les États-Unis ont choisi une application individuelle de cette exception, en tenant compte des particularités du demandeur d'asile, le Canada a plutôt opté pour une approche réglementaire s'appliquant à tous et ne laissant aucune discrétion⁷⁴. Le gouvernement canadien a ainsi adopté une exception à l'article 159.6 du RIPR fondée sur l'intérêt public dans le cas des personnes faisant face à la peine de mort aux États-Unis ou dans d'autres pays⁷⁵. Avant 2009, une autre exception fondée sur l'intérêt public était

⁷² Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 4 (2); RIPR, préc., note 62, art. 159.5 a)-159.5 d).

⁷³ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 6.

⁷⁴ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 291-304; voir aussi : HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « UNHCR Comments on the Proposed Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, Relating to the Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries », en ligne : <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/static-files/regula_11.html>.

⁷⁵ RIPR, préc., note 62, art. 159.6.

prévue pour les demandeurs d'asile venant de pays dont le Canada avait suspendu les renvois pour des raisons d'ordre humanitaire⁷⁶. Cette exception n'est cependant plus en vigueur.

Voici la procédure applicable pour mettre en œuvre l'Entente sur les tiers pays sûrs par les autorités canadiennes⁷⁷. Lorsqu'un demandeur d'asile se présente à un point d'entrée située à une frontière terrestre, un premier agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) détermine l'admissibilité de la personne de façon plus générale quant aux motifs d'interdiction de territoire⁷⁸, puis la recevabilité de sa demande d'asile en vertu de l'article 101 de la LIPR, y compris les exceptions prévues au RIPR. À noter qu'il appartient au demandeur d'asile sujet à se voir appliquer l'Entente sur les tiers pays sûrs de démontrer par prépondérance de preuve que cette entente ne le concerne pas⁷⁹. Une fois que l'admissibilité et la recevabilité de la demande d'asile ont été évaluées, l'agent de l'ASFC prépare un rapport circonstancié en vertu de l'article 44 de la LIPR, qu'il soumet à l'attention du délégué du ministre. Le délégué analyse le rapport en question et les notes de l'agent et effectue une autre entrevue en personne du demandeur d'asile pour confirmer ou non l'admissibilité et la recevabilité de sa demande. Quand la décision est rendue, souvent le jour même, le demandeur d'asile est informé de façon orale et par écrit. L'irrecevabilité de la demande entraîne l'interdiction de territoire, et la personne fera l'objet d'une mesure de renvoi⁸⁰. Le renvoi sera effectué par un agent d'exécution⁸¹. Une fois aux États-Unis, le demandeur d'asile peut alors déposer une demande d'asile aux États-Unis ou encore poursuivre la

⁷⁶ C'était le paragraphe 159.6 c) du RIPR, maintenant abrogé.

⁷⁷ Voir en particulier : *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, Respondents' Further Memorandum of Argument, IMM-2977-17/IMM-775-17/IMM-2229-17 (Cour fédérale), par. 18 et suiv. (ci-après « Respondents' Further Memorandum of Argument »); *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 34-36.

⁷⁸ Pour les interdictions de territoire, voir la LIPR, préc., note 8, art. 34-42.

⁷⁹ S. BAGLEY et M. JONES, préc., note 54, p. 279.

⁸⁰ LIPR, préc., note 8, art. 48-49. L'irrecevabilité selon l'article 101(1)e) de la LIPR entraîne une interdiction de territoire selon son article 41 et une mesure d'exclusion selon le sous-alinéa 228(1)(c)(iii) du RIPR.

⁸¹ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 124.

procédure déjà entamée s'il y avait déjà déposé une demande d'asile, y compris une procédure de renvoi si la demande avait été rejetée⁸².

Lorsque l'Entente sur les tiers pays sûrs s'applique, il n'y a que très peu de recours possibles à un demandeur d'asile pour empêcher son renvoi vers les États-Unis. Le délégué du ministre n'a pas de discrétion pour effectuer une analyse des risques liés au renvoi au moment de l'analyse de la recevabilité de la demande selon l'article 101 (1) e) de la LIPR⁸³. De plus, la procédure d'examen des risques avant renvoi (ERAR) est explicitement exclue dans ce cas⁸⁴. Certains recours restreints demeurent envisageables pour éviter le renvoi dans des cas particuliers et sujets à une décision discrétionnaire, soit une demande de permis de séjour temporaire conformément à l'article 24 de la LIPR, la levée, pour des motifs humanitaires, des critères d'irrecevabilité pour déposer une demande d'asile ou d'ERAR en vertu de l'article 25.1 de la LIPR, et l'octroi du statut de résident permanent dans l'intérêt public prévu à l'article 25.2 de la LIPR⁸⁵. Selon le paragraphe 48 (2) de la LIPR, un agent d'exécution peut également surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, lorsqu'elle ne peut être exécutée en raison de circonstances exceptionnelles basées sur « un risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain⁸⁶ ».

Pour contester la décision concernant l'irrecevabilité de la demande d'asile en raison de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs, une demande en contrôle judiciaire de la décision en Cour fédérale peut être déposée sur autorisation préalable de cette cour⁸⁷. Un sursis de la mesure de

⁸² S. BAGLEY et M. JONES, préc., note 54, p. 278-279.

⁸³ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 36.

⁸⁴ LIPR, préc. note 8, art. 112 (2) b); *Kreishan*, préc., note 7, par. 16.

⁸⁵ Respondents' Further Memorandum of Argument, préc., note 77, par. 25, 27, et 74.

⁸⁶ *Id.*, par. 26, 175; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, par. 51 (ci-après « affaire *Baron* »); *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2016-12-01, 37122), par. 13 (ci-après « affaire *Atawnah* »); affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 124.

⁸⁷ LIPR, préc. note 8, art. 72(1).

renvoi peut en outre être décidé par la Cour fédérale en attendant le résultat de la demande de contrôle judiciaire⁸⁸.

L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit des mesures pour que les parties la modifient et y mettent fin. En effet, les parties peuvent convenir de changements ou d'ajouts par écrit⁸⁹. De plus, tant le Canada que les États-Unis peuvent la suspendre sans autre formalité que celle de donner un avis écrit à l'autre partie⁹⁰. La durée de la suspension sera de trois mois et pourra être renouvelée. Il n'y a pas de limite quant au nombre de renouvellements de la période de suspension. Cette dernière peut également être décidée de concert. Les parties peuvent aussi dénoncer l'Entente sur les tiers pays sûrs et y mettre fin par avis écrit de six mois⁹¹.

III. Une entente contreproductive

Étant donné son application restreinte aux points d'entrée située à une frontière terrestre et avant la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020, l'Entente sur les tiers pays sûrs a contribué de façon significative aux entrées irrégulières au Canada. La hausse des demandes d'asile résultant des passages irréguliers a engendré la mise en place de ressources additionnelles pour l'établissement d'un système parallèle, principalement au chemin Roxham, en vue d'accueillir les demandeurs d'asile et d'assurer le traitement de leur demande. Ce faisant, l'Entente sur les tiers pays sûrs ne permet pas, contrairement à ce qui est énoncé en son préambule, un traitement ordonné des demandes d'asile au Canada. Elle se révèle plutôt contreproductive, car elle entraîne des coûts considérables pour le Canada. Comme nous le verrons dans cette section, la

⁸⁸ *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm LR (2d) 123, 86 NR 302 (CAF); les critères pour octroyer le sursis sont les suivants :

- 1) il existe une question sérieuse à trancher dans la demande de contrôle judiciaire;
- 2) le demandeur subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé du Canada;
- 3) compte tenu de la situation des deux parties, la prépondérance des inconvénients milite en faveur de l'octroi du sursis.

⁸⁹ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 10 (4).

⁹⁰ *Id.*, art. 10 (3).

⁹¹ *Id.*, art. 10 (2).

solution n'est pas de restreindre davantage l'accès des demandeurs d'asile au territoire canadien, mais bien de mettre un terme à cette entente.

A. Hausse de ressources requises pour appliquer l'Entente sur les tiers pays sûrs

Le nombre de demandeurs d'asile a augmenté de façon significative depuis 2017. Alors que le nombre total de demandes déposées en territoire canadien était de 23 870 en 2016⁹², il a presque doublé en 2017, passant à 50 390⁹³. De ces demandes, près de la moitié proviennent de personnes entrées de façon irrégulière au Canada à partir des États-Unis, soit 20 593 demandeurs d'asile appréhendés entre les points d'entrée en 2017. En comparaison, environ 2 000 personnes qui ont déposé leurs demandes d'asile à un point d'entrée officiel au Canada ont été jugées irrecevables en 2017 en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs⁹⁴.

Le nombre d'entrées irrégulières a baissé depuis 2017, mais il demeure tout de même élevé considérant la période précédant l'élection de Donald Trump et même celle d'avant l'entrée en vigueur de l'Entente sur les tiers pays sûrs en 2004. En effet, le nombre total de demandes d'asile est de 55 040 pour 2018 et de 64 050 pour 2019. Une proportion significative résulte des demandes d'asile déposées au Canada en dehors des points d'entrée officiels dans le but principal d'éviter l'Entente sur les tiers pays sûrs, soit 44 % des demandes d'asile pour 2018⁹⁵ et 25 % pour 2019. Selon

⁹² GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2011-2016*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demande-asile.html>>.

⁹³ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2017*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demandes-asile-2017.html>>.

⁹⁴ A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 47.

⁹⁵ En 2018, il y a eu 47 039 demandes : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2018*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demandes-asile-2018.html>>; au total, 20 603 de ces demandes ont été faites par des personnes qui

les dernières statistiques, 58 255 personnes ont franchi la frontière canado-américaine de façon irrégulière depuis février 2017, moment où l'ASFC a commencé à comptabiliser ces statistiques, jusqu'en mars 2020 lors de la fermeture de la frontière canado-américaine⁹⁶. Au début de l'année 2017, une étude du Canada Institute du Wilson Center affirmait que l'Entente sur les tiers pays sûrs aurait permis de réduire le nombre de demandes d'asile depuis son entrée en vigueur⁹⁷. Cette conclusion doit être remise en question à la lumière des données colligées depuis 2017, alors que le nombre de demandes d'asile dépasse largement les niveaux précédant l'entrée en vigueur de cet accord en 2004⁹⁸.

Au Canada, l'augmentation des entrées irrégulières a nécessité l'ajout de ressources additionnelles. Les demandeurs d'asile sont bien au fait de l'application restreinte de l'Entente sur les tiers pays sûrs aux points d'entrée situés à une frontière terrestre. Après des passages dangereux qui ont notamment entraîné la mort de M. Wilson Reynoso Vega⁹⁹ et l'amputation des doigts de MM. Razak Iyal et Seidu Mohammed¹⁰⁰, les

ont franchi la frontière de manière irrégulière : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5.

⁹⁶ En 2019, on comptait 64 050 demandes : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2019*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demandes-asile-2019.html>>; 16 137 de ces demandes ont été faites par des personnes ayant franchi la frontière de manière irrégulière : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5.

⁹⁷ Benn PROCTOR, « Fleeing to Canada on Foot: Reviewing the Canada-U.S. Safe Third Country Agreement », (2017) *Canada Institute, Wilson Center*, p. 6, en ligne : <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/article/fleeing_to_canada_on_foot_stca_final_04-04-2017.pdf>.

⁹⁸ *Id.* : voir en particulier le tableau à la page 6 où le nombre le plus élevé de demandes d'asile enregistrées avant l'entrée en vigueur de l'Entente sur les tiers pays sûrs atteignait 44 714 en 2001.

⁹⁹ Selena ROSS, « Dominican Man Dies on Quebec-N.Y. Border, Trying to Reach his Daughter », *The Montreal Gazette*, 21 mai 2019, en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/local-news/dominican-man-dies-on-quebec-n-y-border-trying-to-reach-his-daughter>>.

¹⁰⁰ Kelly Geraldine MALONE, « Amputé de ses doigts, un réfugié vit d'espoir », *La Presse*, 30 décembre 2018, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/>>.

passages irréguliers se sont concentrés sur le chemin Roxham où les autorités canadiennes ont mis en place des infrastructures et une procédure pour accueillir les demandeurs d'asile. La création de ce système parallèle a exigé des ressources additionnelles : agents de la GRC; équipes médicales; tentes pour l'accueil des demandeurs d'asile; transports vers les centres de détention; centres de détention temporaires, comme le Stade olympique, à l'occasion d'afflux importants; agents d'immigration pour traiter les demandes; services publics; etc.¹⁰¹.

Les ressources additionnelles requises pour faire face à l'immigration irrégulière ont des conséquences financières importantes pour le Canada. Avant la hausse de 2017, l'Entente sur les tiers pays sûrs aurait fait économiser 2 milliards au gouvernement canadien sur dix ans en diminuant le nombre de demandes d'asile déposées au Canada depuis 2004, selon une estimation effectuée par le Canada Institute du Wilson Center fondée sur le coût de 14 000 \$ par réfugié déterminé par l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE)¹⁰². Cette estimation ne semble pas justifiée, en particulier depuis 2017 avec les entrées irrégulières largement sous-estimées par les autorités canadiennes¹⁰³.

national/201812/30/01-5209541-ampute-de-ses-doigts-un-refugie-vit-despoir.php>; THE CANADIAN PRESS, « Man who Lost Fingers after Crossing Border Urges Liberals not to Pass New Refugee Law », *Global News*, 9 mai 2019, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/5259083/seidu-mohammed-liberals-asylum-law/>>.

¹⁰¹ Yves GIROUX, « Coût de la migration irrégulière à la frontière sud du Canada », Ottawa, Bureau du directeur parlementaire du budget, 2018, en ligne : <https://www.pbo-dpb.gc.ca/web/default/files/Documents/Reports/2018/Irregular%20migrants/Irregular_Migration_Report_FINAL_FR_2018-11-29.pdf> p. 9; A. HUTCHINS, préc., note 67.

¹⁰² B. PROCTOR, préc., note 97, p. 6; A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 46.

¹⁰³ B. PROCTOR, préc., note 97, p. 6; on estimait que 34 149 demandes d'asile avaient été déposées au Canada peu importe le lieu du dépôt (points d'entrée ou bureaux intérieurs) mais le total s'élevait plutôt à 50 390 demandes déposées, dont 20 593 correspondant à des entrées irrégulières : GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 93.

Alors que le gouvernement fédéral a prévu 173,2 millions de dollars sur deux ans pour les coûts additionnels aux diverses agences fédérales ainsi que 13 millions pour les prestations des services d'aide juridique dans le budget de 2018¹⁰⁴, cette somme ne couvrirait qu'une partie des coûts. Selon le rapport du directeur parlementaire du budget, elle devrait plutôt s'élever à 340 millions de dollars pour 2017-2018 et à 396 millions de dollars en 2019-2020, sans compter le remboursement des dépenses des provinces¹⁰⁵. L'estimation faite par le directeur parlementaire du budget concerne les coûts pour les organisations fédérales à partir de l'entrée irrégulière jusqu'à la décision en dernière instance sur la demande d'asile, y compris la possibilité d'un contrôle judiciaire en Cour fédérale et les coûts liés au renvoi¹⁰⁶. Cette hausse est attribuable en grande partie à la prolongation du délai de traitement des demandes¹⁰⁷. Trois nouveaux juges ont d'ailleurs été ajoutés à la composition de la Cour fédérale en avril 2019 pour faire face à la hausse des contrôles judiciaires des demandeurs d'asile¹⁰⁸.

Certains coûts reviennent également aux provinces, en particulier au Québec où plus de 90 % des passages s'effectuent¹⁰⁹. Après avoir annoncé 50 millions de dollars pour les provinces du Québec, de l'Ontario et du Manitoba dans le budget de 2018¹¹⁰, le gouvernement fédéral a accepté de verser 250 millions au gouvernement québécois pour les entrées irrégulières

¹⁰⁴ Y. GIROUX, préc., note 101, p. 5 et 6.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 1

¹⁰⁶ *Id.*, p. 3 et 4.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 10.

¹⁰⁸ *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, projet de loi n° C-97 (dépôt et 1^{re} lecture – 8 avril 2019), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can), section 17 de la partie 4 (ci-après « projet de loi n° C-97 »).

¹⁰⁹ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le gouvernement du Canada versera 250 millions de dollars au Québec pour l'aider à payer les frais liés à la migration irrégulière*, (2019), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/2019/08/le-gouvernement-du-canada-versera-250-millions-de-dollars-au-quebec-pour-laider-a-payer-les-frais-lies-a-la-migration-irreguliere.html>>.

¹¹⁰ Y. GIROUX, préc., note 101, p. 15.

de 2017 et de 2018¹¹¹. À ces coûts purement chiffrés en termes économiques s'ajoutent les coûts humains associés à un passage irrégulier¹¹².

B. Tentatives de pallier une entente contreproductive

Le gouvernement canadien aurait abordé avec le gouvernement américain la question de renégocier l'Entente sur les tiers pays sûrs pour étendre son application aux entrées irrégulières depuis au moins l'année 2018¹¹³. À défaut d'obtenir un accord au printemps 2019, le gouvernement canadien a plutôt adopté unilatéralement l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR comme nouveau motif d'irrecevabilité d'une demande dans le projet de loi n° C-97 adopté en juin 2019¹¹⁴. Cette mesure prévue pour contrer le phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile empêchera une partie des arrivées irrégulières en provenance des États-Unis, soit environ 3 500 demandes d'asile par année de l'avis des ministres de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté ainsi que de la Sécurité frontalière et de la Réduction du crime organisé au moment de l'adoption de la loi¹¹⁵. Cette nouvelle mesure ne règle toutefois pas l'ensemble du problème des entrées irrégulières au Canada. L'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR s'applique seulement aux personnes ayant déjà déposé une demande d'asile aux États-Unis de même que dans d'autres pays qui ont une entente permettant l'échange de renseignements en matière d'immigration, soit l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni¹¹⁶. À cet égard, les entrées irrégulières de

¹¹¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 109.

¹¹² Voir, par exemple, le témoignage de Seidu Mohammed lors de l'étude du projet de loi n° C-97, Chambre des communes, Comité permanent des finances, « Témoignages », FINA-211, 9 mai 2019, en ligne : <<https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/FINA/reunion-211/temoignages>>.

¹¹³ Michelle CARBERT et Adrian MORROW, « Canada, U.S. Move to Redraft Border Treaty to Cut Flow of Asylum Seekers », *The Globe and Mail*, 1^{er} avril 2019, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-us-moves-to-open-talks-with-canada-on-asylum-seeker-treaty/>.

¹¹⁴ Projet de loi n° C-97, préc., note 108.

¹¹⁵ Marie VASTEL, « Le gouvernement libéral serre la vis aux demandeurs d'asile », *Le Devoir*, 10 avril 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/551813/le-gouvernement-liberal-serre-a-la-vis-aux-demandeurs-d-asile>>.

¹¹⁶ Voir la partie 19.1 du RIPR.

personnes venant des États-Unis et qui n'ont pas déposé de demande d'asile dans ces pays avant de se rendre au Canada sont toujours à prévoir.

Dans la foulée de l'adoption de diverses mesures pour freiner la propagation de la COVID-19, les gouvernements du Canada et des États-Unis ont convenu de fermer la frontière entre les deux pays à partir du 21 mars 2020, y compris pour les demandeurs d'asile¹¹⁷. Dans le contexte canadien, une série de décrets ont été adoptés. S'appliquant du 21 mars 2020 au 21 avril 2020, les premiers décrets prévoient que tout étranger, y compris les demandeurs d'asile, sera refoulé à la frontière, sauf certaines exceptions pour les citoyens américains, les apatrides et les mineurs non accompagnés¹¹⁸. Ces décrets ont été vivement critiqués par le milieu universitaire et les organismes de défense des droits de la personne, puisqu'ils mettent en danger la vie des demandeurs d'asile et sont contraires à l'obligation de non-refoulement en droit international¹¹⁹. Une telle approche ne semble pas justifiée non plus dans le contexte de la pandémie,

¹¹⁷ CANADA, « Le premier ministre annonce la conclusion d'un accord frontalier temporaire avec les États-Unis », en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2020/03/20/premier-ministre-annonce-la-conclusion-dun-accord-frontalier>>.

¹¹⁸ *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, entré en vigueur le 20 mars 2020, (2020) 154 Gaz. Can. I, 768, en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-04-04/html/order-decret-fra.html#dd1>>; ce décret a été abrogé et remplacé le 26 mars 2020, pour clarifier les exceptions, par le *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis*, entré en vigueur le 26 mars 2020, (2020) 154 Gaz. Can. I, 778, en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-04-04/html/order-decret-fra.html#de1>>.

¹¹⁹ Voir par exemple : Brian HILL et Andrew RUSSEL, « Coronavirus: Closing Canada's Border to Refugees Violates International Law, Experts Say », *Global News*, 20 mars 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/6710312/coronavirus-border-closure-international-law/>>; MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, RÉSEAU JURIDIQUE CANADIEN VIH/SIDA et AMNISTIE INTERNATIONALE, « Public Health and International Legal Obligations First: Closing Canada's Border to Refugee Claimants is Dangerous and Illegal, and Must Be Reversed », 30 mars 2020, en ligne : <https://www.doctorswithoutborders.ca/sites/default/files/statement_on_covid_migration_measures_msf_amnesty_hivlegalfund_march30_2020.pdf>.

alors que d'autres mesures auraient pu être adoptées, comme la quarantaine et les contrôles sanitaires tels qu'ils sont proposés notamment par le HCR et l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹²⁰.

À partir du 22 avril 2020, la frontière est de nouveau ouverte pour les demandeurs d'asile, mais seulement s'ils se présentent à un point d'entrée situé sur la frontière terrestre entre le Canada et les États-Unis, ce qui exclut ainsi les demandeurs d'asile traversant la frontière de façon irrégulière, par exemple via le chemin Roxham¹²¹. Certaines exceptions sont prévues pour les citoyens américains, les apatrides, les mineurs non accompagnés ou encore selon une décision discrétionnaire fondée sur l'intérêt national ou public. Cette fermeture a fait baisser le nombre de demandes d'asile de personnes arrivées au Canada par les États-Unis à la suite d'un passage irrégulier, passant de 3 465 demandes d'asile de janvier à mars 2020 à seulement 356 demandes d'asile d'avril à juin 2020¹²². Il semble donc que le gouvernement canadien a profité du contexte de pandémie pour fermer la porte, du moins temporairement et selon certaines exceptions, à l'entrée irrégulière de demandeurs d'asile au Canada¹²³.

¹²⁰ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME (HCDH), ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS (OIM), HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS (HCR) et ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), « Les droits et la santé des réfugiés, des migrants et des apatrides doivent être protégés dans le cadre des efforts de lutte contre le Covid-19 », 31 mars 2020, en ligne : <<https://www.unhcr.org/fr/news/press/2020/3/5e843e08a/droits-sante-refugies-migrants-apatrides-doivent-etre-proteges-cadre-efforts.html>>; voir aussi HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS (HCR), « Key Legal Considerations on Access to Territory for Persons in Need of International Protection in the Context of the COVID-19 Response », 16 mars 2020, en ligne : <<https://data2.unhcr.org/en/documents/details/75349>>.

¹²¹ *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, entré en vigueur le 22 avril 2020 (décret), (2020) 154 Gaz. Can. I, 879, en ligne : <<http://gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-05-02/html/order-decret-fra.html>>.

¹²² COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5.

¹²³ Au moment d'écrire ces lignes, ces mesures sont en vigueur jusqu'au 21 janvier 2021, mais elles seront probablement renouvelées pour une plus longue période.

Finalement, le resserrement des exigences liées au dépôt d'une demande d'asile au Canada peut avoir comme effet de mener les demandeurs d'asile vers l'immigration clandestine, qui peut être plus dangereuse. Comme nous l'avons précisé en introduction, les entrées des demandeurs d'asile répertoriées dans notre article sont irrégulières, mais elles ne sont ni clandestines ni illégales. Les règles plus strictes, telles que celles qui sont prévues par l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR, les décrets adoptés dans le contexte de la pandémie de COVID-19 refoulant les demandeurs d'asile qui arrivent des États-Unis ou d'autres qui pourraient être envisagés pour rendre applicable l'Entente sur les tiers pays sûrs à toute entrée, irrégulière ou non, diminueront certes le nombre de personnes se présentant aux agents canadiens d'immigration. Cependant, le nombre de celles qui tenteront de traverser la frontière de façon dangereuse et sans se présenter aux autorités canadiennes, dans l'espoir de ne pas être refoulées à la frontière, risque fort probablement d'augmenter¹²⁴. Lors de l'adoption de l'Entente sur les tiers pays sûrs en 2002, le rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration était déjà bien au fait de cette problématique et, plutôt que de suggérer un resserrement des règles, avait formulé la recommandation suivante :

Le Comité recommande que le processus de surveillance de la mise en œuvre de l'Entente prévoit un suivi rigoureux des

Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis), entré en vigueur le 18 décembre 2020 (décret), (2020) TR/2020-1128 (Gaz. Can. I), en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-12-26/html/order-decret-fra.html>>.

124

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc. note 66, p. 11; AMNISTIE INTERNATIONALE et CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS, *Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country*, 2017, p. 13, en ligne : <<https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/stca-submission-2017.pdf>>; CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS, *Closing the Front Door on Refugees: Report on the First Year of the Safe Third Country Agreement*, 2005, p. 30, en ligne, <<https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/closingdoordec05.pdf>>; Jaymie HEILMAN, « The Deadly Consequences of Proposed Canadian Asylum Restriction », *The Conversation*, 14 mai 2019, en ligne : <<http://theconversation.com/the-deadly-consequences-of-proposed-canadian-asylum-restrictions-116632>>; A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 46.

questions de « mouvements irréguliers » et de l'introduction clandestine d'immigrants. Si l'Entente ne permet pas de réduire le nombre des demandes renvoyées à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et si l'augmentation du nombre d'entrées illégales au Canada devient évidente, le gouvernement devra être disposé à exercer son pouvoir en matière de suspension ou de résiliation de l'Entente¹²⁵.

Ainsi, le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne permet pas un traitement ordonné des demandes d'asile en provenance des États-Unis et est plutôt contreproductive, ce qui entraîne des coûts considérables pour le Canada, est une raison en soi pour y mettre un terme. Cependant, la solution ne consiste pas à augmenter les restrictions en vue de déposer une demande d'asile au Canada et à étendre davantage l'application de cette entente à toutes les entrées, régulières ou irrégulières. Une telle solution mettrait en danger la vie des demandeurs d'asile. De plus, comme nous le verrons ci-dessous, l'Entente sur les tiers pays sûrs pose de sérieuses questions quant au respect des droits des demandeurs d'asile qui sont retournés aux États-Unis.

IV. Les États-Unis : un tiers pays sûr?

La contestation des États-Unis comme tiers pays sûrs n'est pas nouvelle. Pour analyser la récente décision dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020) en l'attente de l'issue de l'appel en Cour d'appel fédérale, nous présenterons dans un premier temps l'historique jurisprudentiel dans lequel cette décision s'inscrit. Dans un deuxième temps, nous analyserons en profondeur la décision dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020) à la lumière de la jurisprudence récente.

A. Historique des contestations judiciaires

Avant l'adoption de l'Entente sur les tiers pays sûrs, la possibilité même que le Canada puisse désigner un État comme tiers pays sûr a été contestée dès l'adoption de cette notion en droit canadien dans l'affaire

¹²⁵

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc. note 66, p. 12.

Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} instance 1989). Le second recours datant des années 2000 s'est concentré plus directement sur la désignation des États-Unis comme tiers pays sûrs, comme c'est le cas dans la nouvelle contestation de 2020. La décision de la Cour fédérale dans *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada* (CF 2007) ainsi que celle de la Cour d'appel fédérale dans *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008) sont donc présentées.

i. *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1^{re} instance 1989)

Dans l'affaire *Conseil canadien des Églises* (1^{re} instance 1989)¹²⁶, un premier recours avait été intenté par le Conseil canadien des églises en vertu de la Charte afin d'invalidier de nombreuses dispositions adoptées lors de la réforme législative de 1988, y compris la nouvelle disposition prévoyant la possibilité pour le Canada de désigner un tiers pays sûr¹²⁷. Ce recours est allé jusqu'à la Cour suprême du Canada qui a décidé dans l'affaire *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (CSC 1992)¹²⁸ que ce dernier n'avait pas la qualité pour agir considérant l'ensemble de la demande, puisqu'il existait une autre manière raisonnablement efficace ou pratique de soumettre la question à la cour, soit des recours contestant des dispositions particulières par des demandeurs d'asile directement touchés.

ii. *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada* (CF 2007)

À la suite de l'adoption en 2004 de l'article 159.3 du RIPR désignant les États-Unis comme tiers pays sûr en vertu de l'article 102 de la LIPR, un autre recours a été intenté pour attaquer directement cette désignation. Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007)¹²⁹, trois organismes de défense de l'intérêt des demandeurs d'asile et des réfugiés, soit le Conseil

¹²⁶ *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 3.

¹²⁷ *Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence*, S.C. 1988, c. 35, art. 114 (1) a).

¹²⁸ *Conseil canadien des Églises (CSC)*, préc., note 3.

¹²⁹ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3.

canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises et Amnistie internationale, ainsi qu'un demandeur d'asile colombien se trouvant aux États-Unis ont déposé une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale pour invalider la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr. Dans ce cas, le demandeur d'asile d'origine colombienne avait vu sa demande refusée aux États-Unis, puisqu'il avait omis de la présenter durant l'année suivant son arrivée aux États-Unis, ce qui constitue un motif d'irrecevabilité de la demande d'asile en droit américain¹³⁰. Il ne s'était cependant pas présenté à la frontière canadienne et n'avait pas fait l'objet d'une décision concernant l'irrecevabilité de sa demande d'asile selon l'alinéa 101(1)e) de la LIPR. Les demandeurs attaquaient la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr et les articles y afférents du RIPR en s'appuyant sur les principes du droit administratif et sur la Charte. Ils attaquaient également le défaut par le gouverneur en conseil d'assurer un suivi de la désignation selon le paragraphe 102(3) de la LIPR.

Le juge Phelan de la Cour fédérale a donné raison aux demandeurs, invalidant ainsi la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr¹³¹. Il a conclu d'abord que les demandeurs avaient la qualité pour agir et que, bien que le demandeur d'asile d'origine colombienne ne se soit pas présenté à la frontière canadienne et n'ait pas été l'objet d'une décision au sujet de l'irrecevabilité de sa demande, il serait absurde d'exiger qu'il le fasse¹³².

Au regard des arguments de droit administratif, le juge Phelan a déterminé que la décision du gouverneur en conseil de désigner un tiers pays sûr devait se fonder sur tous les facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la LIPR. À son avis, les États-Unis ne respectaient pas ces facteurs, et le gouverneur en conseil ne pouvait ainsi adopter l'Entente sur les tiers pays sûrs et les articles 159.1 à 159.7 du RIPR. La décision du gouverneur en conseil de désigner les États-Unis comme tiers pays sûr était déraisonnable, car les politiques et les usages de ce pays étaient contraires à l'obligation de

¹³⁰ *Id.*, par. 13.

¹³¹ *Id.*, par. 338.

¹³² *Id.*, par. 47, 48, et 51.

non-refoulement de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de la Convention contre la torture.

Pour ce qui est de l'analyse du respect par les États-Unis des obligations de la *Convention relative au statut des réfugiés*, le juge Phelan a conclu en premier lieu que le délai de prescription d'un an pour déposer une demande d'asile est contraire à l'obligation de non-refoulement¹³³. En droit américain, les demandeurs d'asile qui ne peuvent déposer leur demande en raison du délai de prescription d'un an ont tout de même la possibilité de réclamer un sursis de renvoi. Or, les critères pour obtenir ce sursis sont plus restreints que ceux pour obtenir l'asile. Ainsi, le juge Phelan était d'avis que le délai de prescription d'un an faisait en sorte de permettre le renvoi de certains réfugiés, en particulier ceux qui fondent leur demande d'asile sur le sexe et certains groupes minoritaires¹³⁴.

En deuxième lieu, le juge Phelan a décidé que les exclusions du statut de réfugié pour criminalité prévue par l'article 1(f) de la *Convention relative au statut des réfugiés* et l'exception de l'obligation de non-refoulement lorsqu'il existe une menace à la sécurité du pays ou un danger pour la communauté, telles qu'elles sont appliquées en droit américain, créent un grave risque de refoulement¹³⁵. En particulier, les infractions pour terrorisme ne prévoient pas de moyen de défense en cas de contrainte ou de coercition comme c'est le cas en droit canadien¹³⁶. Le droit américain permet ainsi d'exclure de sa protection des demandeurs d'asile qui fournissent un appui matériel à des groupes terroristes sans en avoir l'intention, ou encore sous la contrainte ou la coercition.

En troisième lieu, le juge Phelan a estimé que les demandes d'asile fondées sur le sexe étaient interprétées de façon différente aux États-Unis par rapport au Canada et au sens dégagé en droit international, ce qui augmente les risques de refoulement de réfugiés. La jurisprudence

¹³³ *Id.*, par. 144-164.

¹³⁴ *Id.*, par. 145 et 239.

¹³⁵ *Id.*, par. 191 et 239.

¹³⁶ *Id.*, par. 165-191.

américaine n'est pas constante dans son traitement de ce motif de persécution, en particulier pour les femmes réclamant une protection contre la violence familiale qui ne se trouve pas toujours reconnue comme motif de persécution¹³⁷.

Certains arguments avancés par les demandeurs ont été également considérés pour inférer que la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable¹³⁸, soit l'idée que la détention rendrait plus difficiles le recours à l'avocat et la procédure de renvoi accéléré. Le juge Phelan a déclaré qu'il n'y avait pas assez de preuves pour conclure que ces deux pratiques étaient contraires à l'obligation de non-refoulement, mais qu'elles soulevaient tout de même des préoccupations¹³⁹.

En ce qui a trait à l'analyse du respect par les États-Unis de la Convention contre la torture, le juge Phelan a statué que, en droit américain, l'interdiction de non-refoulement vers un pays où une personne risque la torture était interprétée de façon restrictive, ce qui permettait « l'expulsion d'une personne vers un pays où elle sera probablement torturée » contrairement à l'obligation de non-refoulement¹⁴⁰.

Le juge Phelan a aussi affirmé que le Canada n'avait pas rempli ses obligations quant au suivi de la désignation selon le paragraphe 102(3) de la LIPR¹⁴¹. Malgré l'adoption par le gouverneur en conseil de directives pour mettre en œuvre une procédure de suivi, le juge a conclu que les usages et les politiques des États-Unis n'avaient pas « fait l'objet d'un suivi systématique et permanent en conformité avec la Convention relative aux réfugiés et avec la Convention contre la torture¹⁴² ».

Sur le plan des arguments de droit constitutionnel, le juge Phelan a décidé que la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr

¹³⁷ *Id.*, par. 198-206, et 239.

¹³⁸ *Id.*, par. 238 et 229.

¹³⁹ *Id.*, par. 229 et 231.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 259.

¹⁴¹ *Id.*, par. 275.

¹⁴² *Id.*, par. 269.

contrevenait aux articles 7 et 15 de la Charte et n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Il a précisé que la Charte s'applique aux demandeurs d'asile qui relèvent des fonctionnaires canadiens de l'immigration et qui sont retournés aux États-Unis¹⁴³. Étant donné ses conclusions selon lesquelles les États-Unis contreviennent aux obligations de non-refoulement de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de la Convention contre la torture, le juge Phelan pensait également que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité enchâssé dans l'article 7 de la Charte était compromis¹⁴⁴. Cette violation a été jugée non conforme aux principes de justice fondamentale, en particulier dans le contexte où l'agent d'immigration décidant de l'irrecevabilité de la demande n'a pas de discrétion pour exclure un demandeur d'asile de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs, et ce, contrairement à la possibilité inscrite dans son article 6, à la pratique des États-Unis fondée sur ce dernier et à une recommandation du HRC en ce sens¹⁴⁵. L'absence de discrétion, en plus du fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux arrivées à un point d'entrée terrestre, a permis au juge Phelan de conclure que cette entente a une « portée trop large » ou « arbitraire »¹⁴⁶.

En outre, le juge Phelan s'est prononcé à savoir que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr était contraire à l'article 15 de la Charte, car elle discrimine les femmes et les personnes venant de certains pays susceptibles de donner lieu au genre de demandes d'asile que les États-Unis peuvent rejeter; le juge faisait référence en particulier à la Colombie où les contributions financières à des groupes criminels sous la contrainte sont courantes¹⁴⁷.

¹⁴³ *Id.*, par. 281.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 283-285.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 291-304; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, préc., note 74.

¹⁴⁶ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 312.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 315-333.

iii. *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008)*

Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de première instance aux motifs que la désignation et le suivi avaient été faits en conformité avec la loi et en considérant les facteurs pertinents. Pour les motifs majoritaires, le juge Noël a précisé d'abord que la contestation devait viser la légalité des articles pertinents du RIPR et l'excès de pouvoir du gouverneur général pour les adopter, soumis à la norme de contrôle de la décision correcte, plutôt que la décision de désigner les États-Unis comme tiers pays sûr¹⁴⁸. La question pertinente était donc de déterminer si l'Entente sur les tiers pays sûrs et les articles du RIPR excèdent les pouvoirs conférés dans l'article 102 de la LIPR¹⁴⁹. Selon le juge Noël, le test approprié n'était pas d'établir si les États-Unis se conforment de façon effective et rigoureuse aux conventions internationales, mais plutôt si le gouverneur en conseil avait pris en considération les facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la LIPR comme conditions préalables à la désignation d'un pays¹⁵⁰. Ainsi, l'aspect pertinent est que le gouverneur en conseil « a tenu compte des facteurs décrits au paragraphe 102(2) et, de bonne foi, a désigné les États-Unis à titre de pays qui se conforme aux articles pertinents des Conventions et qui respecte les droits de la personne¹⁵¹ ».

Le juge Noël a critiqué également le juge Phelan pour avoir tenu compte indistinctement de la preuve avant et après la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr et soulevé la question du suivi postérieur à la désignation alors qu'elle ne faisait pas partie du contrôle judiciaire. En effet, la question de l'excès de pouvoir du gouverneur en conseil d'adopter les articles du RIPR devait se fonder seulement sur la période antérieure à l'adoption de ceux-ci, ce que le juge Phelan a omis de faire¹⁵². En ce qui a trait à la question de l'absence de suivi, cet élément est pertinent seulement si le juge conclut que la désignation avait été faite valablement. Le recours

¹⁴⁸ *Id.*, par. 51-63.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 64 et 66.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 75 et 78.

¹⁵¹ *Id.*, par. 80; voir aussi le paragraphe 78.

¹⁵² *Id.*, par. 70, 81, 88-90.

approprié aurait été un mandamus pour forcer le gouverneur en conseil à exécuter son obligation¹⁵³. Le juge Noël s'est avancé cependant pour inférer que, même si la question du suivi avait été analysée, l'obligation du paragraphe 102(3) de la LIPR aurait été remplie par les directives adoptées par le gouvernement prévoyant la façon de revoir les quatre facteurs du paragraphe 102(2) de la LIPR, le suivi effectué par le HCR ainsi que le rapport déposé en 2006¹⁵⁴.

Au sujet de la question de la conformité avec la Charte, le juge Noël était d'avis qu'elle ne pouvait être effectuée dans l'abstrait et qu'elle devait se fonder sur le contexte factuel approprié où un demandeur d'asile se présente à un poste frontalier et fait l'objet d'une décision concernant l'irrecevabilité de sa demande au Canada¹⁵⁵. Comme le demandeur d'origine colombienne ne s'était pas présenté à la frontière canadienne, le juge Noël a refusé d'aborder la question de la conformité de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr avec les articles 7 et 15 de la Charte¹⁵⁶.

Dans des motifs concourants, le juge Evans de la Cour d'appel fédérale déclarait aussi que le juge de première instance n'aurait pas dû se prononcer sur la contestation de la validité des articles du RIPR sur la base des arguments à la fois de droit administratif et de droit constitutionnel¹⁵⁷. Rappelons que ces dispositions réglementaires s'appliquent seulement lorsqu'un demandeur d'asile se présente aux agents canadiens¹⁵⁸. De plus, le jugement déclaratoire d'invalidité tel qu'il avait été formulé avait une portée trop générale, et n'était pas adapté à l'objet véritable de la législation canadienne, soit empêcher le renvoi d'un demandeur d'asile vers la persécution ou la torture contrairement à l'obligation de non-refoulement¹⁵⁹.

¹⁵³ *Id.*, par. 83, 87, et 90.

¹⁵⁴ *Id.*, par. 92, 96-97.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 98-103

¹⁵⁶ *Id.*, par. 104.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 107.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 109 et 114.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 115.

Le juge Evans a expliqué dans ses motifs la façon dont il faudrait contester l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs. Au lieu de remettre en question la validité de l'ensemble des articles 159.1 à 159.7 du RIPR, le juge Evans s'est appuyé sur l'affaire *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁶⁰ pour énoncer qu'un demandeur d'asile qui fait l'objet d'une décision concernant l'irrecevabilité de sa demande et qui serait sujet à un risque de refoulement direct ou indirect contraire à la *Convention relative au statut des réfugiés* ou à la Convention contre la torture pourra déposer une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en vue d'éviter son refoulement¹⁶¹. L'évaluation des risques serait effectuée au moment du contrôle et en tenant compte de la situation particulière du demandeur¹⁶². Le juge Evans a proposé également que les dispositions réglementaires puissent ne pas s'appliquer valablement dans un tel cas¹⁶³.

Le juge Evans a aussi recommandé la mise en place d'une procédure permettant l'évaluation des risques liés à un renvoi direct ou indirect par le délégué du ministre qui décide de l'irrecevabilité de la demande. À son avis, une telle évaluation des risques serait nécessaire dans certains cas. Bien qu'elle puisse « se traduire par une augmentation du temps et des ressources nécessaires pour statuer sur l'admissibilité¹⁶⁴ », il ne voyait « aucune solution de rechange valable si les demandeurs du statut de réfugié ne font pas l'objet de refoulement indirect en violation de leurs droits garantis par la Charte et la LIPR¹⁶⁵ ». Il a terminé son analyse en précisant qu'« [i]l ne fait aucun doute que des lignes directrices seront élaborées afin d'aider les agents à prendre des décisions concernant l'admissibilité¹⁶⁶ ». Ces directives n'ont pourtant pas vu le jour.

¹⁶⁰ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

¹⁶¹ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 123.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.*, par. 124.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 125.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.*

B. Nouvelle contestation : *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (CF 2020)

À la suite des changements de politiques et d'usages des États-Unis en matière d'immigration depuis l'élection du président Donald Trump, un nouveau recours a été intenté en 2017 par le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des églises et Amnistie internationale ainsi que des demandeurs d'asile¹⁶⁷. Ils contestent devant la Cour fédérale la légalité de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr et soumettent que l'Entente sur les tiers pays sûrs viole les articles 7 et 15 de la Charte. Le 22 juillet 2020, la juge McDonald a conclu que les articles de mise en œuvre des articles 101(1)e) de la LIPR et 159.3 du RIPR sont contraires à l'article 7 de la Charte. La décision fut portée en appel devant la Cour d'appel fédérale¹⁶⁸. L'exécution du jugement de la Cour fédérale a été suspendue par la Cour d'appel fédérale en attendant la décision finale de cette même cour¹⁶⁹.

Les arguments avancés pour la nouvelle contestation s'appuient en grande partie sur la décision du juge Phelan de 2007 ainsi que sur les problèmes déjà soulevés à cette époque concernant le droit américain, mais qui ont été exacerbés sous l'administration Trump. Les demandeurs ont également appris de la contestation antérieure. En effet, le recours regroupe des demandeurs d'asile qui se sont présentés à la frontière canadienne et qui ont fait l'objet d'une décision à propos de l'irrecevabilité de leur demande. Certains ont été renvoyés aux États-Unis, tandis que d'autres bénéficient d'un sursis de renvoi. La preuve en appui au dossier inclut des affidavits de

¹⁶⁷ La qualité pour agir des organisations demanderesses a été reconnue dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 1131.

¹⁶⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Le gouvernement du Canada interjettera appel de la décision de la Cour fédérale concernant l'Entente sur les tiers pays sûrs », 21 août 2020, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/securite-publique-canada/nouvelles/2020/08/le-gouvernement-du-canada-interjettera-appel-de-la-decision-de-la-cour-federale-concernant-lentente-sur-les-tiers-pays-surs.html>>.

¹⁶⁹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2020 CAF 181.

nombreux experts et d'individus, avocats, professeurs et personnes travaillant dans des organismes de défense des droits des réfugiés, spécialisés en droit et politiques du droit de l'asile tant au Canada qu'aux États-Unis¹⁷⁰. Le dossier est étayé en outre par les affidavits des demandeurs ainsi que de neuf autres personnes détenus à leur retour aux États-Unis en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs et d'une autre personne détenue alors qu'elle tentait d'entrer au Canada par le chemin Roxham¹⁷¹. En contrepartie, le dossier des défendeurs s'appuie sur les affidavits d'individus travaillant pour le gouvernement canadien et sur deux nouveaux affidavits d'experts, en plus de la documentation déjà réunie pour le recours précédent¹⁷².

i. Arguments de droit adminsitratif

Sur le plan des arguments de droit administratif, les demandeurs contestent le maintien de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr, qui serait déraisonnable. Ce maintien outrepasserait les pouvoirs du gouverneur en conseil d'adopter l'article 159.3 du RIPR, et les conditions législatives nécessaires à cet égard n'auraient pas été remplies¹⁷³. La juge McDonald a conclu qu'elle était liée par la décision de la Cour d'appel fédérale de 2008 selon laquelle une fois qu'il est démontré que le gouverneur en conseil a considéré les facteurs du paragraphe 102(2) de la LIPR et qu'il a effectué un suivi de ceux-ci en vertu de son paragraphe 102(3), notamment par l'adoption de directives et de rapports, il a exercé son pouvoir réglementaire de désigner les États-Unis comme tiers pays sûr et d'en assurer le suivi de bonne foi et conformément à la loi¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 31-32; Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 11-12.

¹⁷¹ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 12.

¹⁷² *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 33-34; Respondents' Further Memorandum of Argument, préc. note 77.

¹⁷³ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 66.

¹⁷⁴ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 71-80; voir aussi l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 78, 80, 92 et 96-97.

ii. Arguments constitutionnels en vertu de l'article 7 de la Charte

L'article 7 de la Charte ne s'applique qu'en dernier recours en droit canadien, dans les cas où une personne serait, par son renvoi, sujette à un risque de mort, de torture ou encore de peine cruelle ou inusitée¹⁷⁵. Pour faire valoir cet article, il faut en premier lieu que le demandeur prouve qu'il existe un « lien de causalité suffisant » entre la mesure et l'atteinte, selon la balance des probabilités¹⁷⁶. En second lieu, le demandeur doit démontrer que l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est contraire aux principes de justice fondamentale, ces derniers ayant un contenu à la fois matériel et procédural¹⁷⁷.

Les demandeurs invoquent deux principaux arguments pour justifier la violation de l'article 7 de la Charte. D'abord, ils prétendent que les demandeurs d'asile retournés aux États-Unis font face à un risque réel de détention à leur retour dans des conditions inhumaines et comme mesure punitive pour avoir cherché refuge au Canada. Ils appuient leurs prétentions notamment sur des cas précis où le fait que des personnes avaient déposé une demande d'asile au Canada ou étaient en processus de révision d'une décision a justifié l'imposition à leur retour aux États-Unis de montants élevés de caution comme conditions de libération ou encore le maintien en détention sans possibilité de mise en liberté¹⁷⁸. Plusieurs, y compris la demanderesse M^{me} Nedira Jemal Mustefa, ont été détenus en isolement, dans le froid et sans accès à de la nourriture appropriée ou à des soins médicaux. Ensuite, les demandeurs attaquent la procédure actuelle selon laquelle le renvoi aux États-Unis se fait sans l'examen de la demande d'asile ou des risques liés au renvoi, y compris à savoir si les demandeurs en

¹⁷⁵ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 68, se référant à l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2019-07-11, 38589).

¹⁷⁶ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101, par. 76; affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 83.

¹⁷⁷ *Suresh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2002 CSC 1, par. 113; affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 85.

¹⁷⁸ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 106, 107.

question ont bel et bien accès à l'asile aux États-Unis. Ainsi, le risque de refoulement serait une conséquence inhérente de cette procédure. Tout en reconnaissant qu'il est difficile de documenter les cas de refoulement par les États-Unis et leurs conséquences (mort, agression sexuelle, torture, etc.), les demandeurs font référence à des études portant sur ces pratiques¹⁷⁹.

La juge McDonald en est venue à la conclusion que la liberté et la sécurité de la personne sont mises en danger par l'Entente sur les tiers pays sûrs. Dans sa décision, elle ne traite pas de façon distincte le risque de refoulement de la détention aux États-Unis pour conclure que « les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues... mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte¹⁸⁰ ». Ainsi, la juge McDonald concentre son analyse sur les conditions de détention qui occasionnent des souffrances physiques et psychologiques et qui rendent plus difficile la formulation d'une demande d'asile. Elle appuie sa conclusion sur plusieurs témoignages de personnes qui ont fait l'objet de détention ou qui travaillent auprès des demandeurs d'asile aux États-Unis.

En ce qui concerne la seconde partie du test de l'article 7 de la Charte, la juge McDonald estime que les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne ne sont pas faites en conformité avec les principes de justice fondamentale, puisque la loi a une portée excessive et est manifestement disproportionnée¹⁸¹. La portée des dispositions se révèle trop large, car l'objet de l'Entente sur les tiers pays sûrs – le partage de la responsabilité pour le traitement des demandes d'asile – est outrepassé par ses effets pratiques, soit la détention aux États-Unis¹⁸². Il n'y a pas de procédure permettant aux agents d'immigration qui mettent en œuvre cette entente d'effectuer une évaluation individualisée des risques. À cet effet, la juge précise ceci :

[128] J'estime que les jugements dans lesquels il a été conclu que les droits garantis par l'article 7 ne sont pas mis en cause à l'étape

¹⁷⁹ *Id.*, par. 117.

¹⁸⁰ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 115.

¹⁸¹ *Id.*, par. 119 et suiv.

¹⁸² *Id.*, par. 131.

du renvoi se distinguent des présentes demandes par leurs faits. En l'espèce, les demandeurs n'ont fait l'objet d'aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d'asile en raison de l'ETPS. Ils sont renvoyés aux États-Unis en vertu de l'ETPS, étant entendu qu'ils auront accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable. Toutefois, la preuve démontre que la conséquence immédiate pour les demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS est l'emprisonnement, et ce, uniquement pour avoir tenté de présenter une demande d'asile au Canada. L'objectif de « partage des responsabilités » de l'ETPS devrait comprendre une certaine garantie d'accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable.

Pour ce qui est du caractère disproportionné des dispositions, la juge McDonald est d'avis que la détention aux États-Unis qui résulte de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs choque les consciences. En effet, « [l]e partage des responsabilités ne peut être contrebalancé par l'emprisonnement ou les effets néfastes des conditions de détention cruelles et inhabituelles, l'isolement cellulaire et le risque de refoulement¹⁸³ ». Elle souligne que les demandeurs n'ont jamais fait l'objet d'une évaluation du risque lié à leur renvoi¹⁸⁴.

La juge McDonald a également conclu que la violation de l'article 7 de la Charte n'était pas justifiée au regard de l'article premier, car « l'atteinte aux droits des demandeurs d'asile par l'ETPS est plus que minimale et les effets préjudiciables (détention et menaces à la sécurité de la personne) ne sont pas proportionnels aux effets bénéfiques (efficacité administrative)¹⁸⁵ ». Un des avantages avancés par les ministres comme justification de l'atteinte est celui de diminuer les demandes d'asile au Canada. Comme le souligne la juge, le Canada a pu, par le passé, « s'adapter aux variations du nombre de réfugiés en fonction des besoins¹⁸⁶ ». De plus, comme nous l'avons vu précédemment, ce n'est pas un avantage réel considérant que l'Entente sur les tiers pays sûrs entraîne une hausse des

¹⁸³ *Id.*, par. 136.

¹⁸⁴ *Id.*, par. 134.

¹⁸⁵ *Id.*, par. 149.

¹⁸⁶ *Id.*, par. 147.

entrées irrégulières au pays et que d'autres mesures moins attentatoires auraient été possibles. Par exemple, le Canada aurait pu mettre en œuvre l'exception fondée sur l'intérêt public conformément à l'article 6 de l'Entente sur les tiers pays sûrs en ayant recours à une évaluation individualisée par le délégué du ministre. Ce dernier aurait ainsi la discrétion d'exempter certains demandeurs d'asile de l'application de cette entente considérant les risques de détention ou de refoulement indirect encourus par leur renvoi aux États-Unis.

La question à savoir s'il existe des garanties suffisantes permettant d'évaluer les risques dans le cas du renvoi aux États-Unis en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs fera certainement l'objet de l'appel en Cour d'appel fédérale. La jurisprudence est constante sur le point que, pour respecter l'article 7 de la Charte, une évaluation individualisée des risques doit être effectuée avant le renvoi¹⁸⁷. C'est au moment du renvoi que cet article s'applique¹⁸⁸. Dans l'affaire *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, la Cour suprême mentionne que l'article 98 de la LIPR permettant d'exclure de la protection des demandeurs d'asile pour grande criminalité était conforme à la Charte, puisqu'une demande d'ERAR était également possible¹⁸⁹. Alors que ce type de demande était exclue dans l'affaire *Kreishan*¹⁹⁰, le juge Rennie s'est appuyé sur l'affaire *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*¹⁹¹ pour décréter que le sursis de renvoi décidé par l'agent d'exécution dans des cas très limités en vertu du paragraphe 48(2) de la LIPR est suffisant pour se conformer à l'article 7 de la Charte :

[124] Cependant, la manière dont sont appréciés les risques visés par l'article 7, auxquels sont exposés les demandeurs à qui l'ERAR est refusé, est un processus par lequel « un agent

¹⁸⁷ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 117; *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 125; voir aussi l'affaire *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, par. 67 (ci-après « affaire *Febles* »); affaire *Atawnah*, préc., note 86, par. 12.

¹⁸⁸ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 118; affaire *Febles*, préc., note 187; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, par. 75.

¹⁸⁹ Affaire *Febles*, préc., note 187.

¹⁹⁰ LIPR, préc., note 8, art. 112 (2) b); affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 16.

¹⁹¹ Affaire *Atawnah*, préc., note 86.

d'exécution évalue le caractère suffisant de la preuve du risque, et, s'il est convaincu que la preuve est suffisante, reporte le renvoi et transmet à un autre décideur l'examen du risque » (*Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)* 2016 CAF 144, au paragraphe 27).

La Cour fédérale a adopté ce raisonnement pour le nouveau motif d'irrecevabilité en vertu de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR. Dans l'affaire *Seklani c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, décision rendue le lendemain de celle qui l'avait été dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), le juge Gascon conclut que l'article 7 ne s'applique pas au moment de décider de l'irrecevabilité de la demande d'asile et que la demande d'ERAR, le sursis par l'agent d'exécution ou le contrôle judiciaire assorti d'une demande de sursis en Cour fédérale sont des « soupapes de sécurité » pour évaluer le risque associé au renvoi¹⁹².

La juge McDonald a raison de souligner que la présente affaire se distingue des autres décisions de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale. Dans l'affaire *Kreishan*, les demandes d'asile visées par une exception à l'Entente sur les tiers pays sûrs ont pu être examinées par la Section de la protection des réfugiés (SPR)¹⁹³. Dans les affaires *Febles* et *Seklani*, une demande d'ERAR était possible. La Cour d'appel fédérale pourrait tout de même appliquer le même raisonnement aux demandeurs d'asile visé par l'Entente sur les tiers pays sûrs. En effet, cette cour mentionne clairement dans l'affaire *Atawnah* que « [l]es risques que l'agent d'exécution est tenu de prendre en compte comprennent les risques qui n'ont jamais été examinés par un décideur compétent¹⁹⁴ » et donc viseraient potentiellement le cas où aucune évaluation des risques n'a été faite par le délégué du ministre décidant de l'irrecevabilité de la demande comme en l'espèce.

¹⁹² *Seklani c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2020 CF 778, par. 31.

¹⁹³ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 6.

¹⁹⁴ Affaire *Atawnah*, préc., note 86, par. 22, s'appuyant sur l'affaire *Etienne c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 415, par. 54.

Alors que les pouvoirs discrétionnaires de l'agent d'exécution ont été reconnus à plusieurs reprises pour que toute procédure de renvoi se conforme à l'article 7 de la Charte¹⁹⁵, ces pouvoirs demeurent limités, ceux-ci portant sur le refoulement direct qui impliquerait le « risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain »¹⁹⁶ au moment du renvoi vers les États-Unis. Nous sommes d'avis que les pouvoirs de l'agent d'exécution ne sont pas assez étendus pour évaluer le risque indirect de refoulement, et ce, en particulier à la lumière des objectifs de l'Entente sur les tiers pays sûrs et de la LIPR qui reconnaissent l'importance de mettre en œuvre l'obligation de non-refoulement selon la *Convention relative au statut des réfugiés* et la Convention contre la torture et d'établir une procédure équitable respectueuse des droits et libertés fondamentales des demandeurs d'asile¹⁹⁷.

Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), le juge Evans proposait plutôt dans ses motifs concourants que l'évaluation du risque soit faite par le délégué du ministre, qui déciderait de l'irrecevabilité de la demande d'asile en vertu de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR. La procédure envisagée par le juge Evans permettrait d'évaluer les risques de refoulement direct ou indirect conformément à l'article 7 de la Charte, mais aussi aux articles 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* et 3 de la Convention contre la torture.

Si la Cour d'appel fédérale venait à décider que les pouvoirs limités de l'agent d'exécution d'évaluer le risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain au moment du renvoi vers les États-Unis sont suffisants pour se conformer à l'article 7 de la Charte, une telle conclusion

¹⁹⁵ Affaire *Baron*, préc., note 86; affaire *Atawnah*, préc., note 86; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shpati*, 2011 CAF 286; affaire *Kreishan*, préc., note 7.

¹⁹⁶ Affaire *Baron*, préc., note 86, par 51; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shpati*, note 195, par. 41-42; CANADA, Bulletin opérationnel PRG-2014-22, intitulé « Procédures relatives à la considération de nouvelles allégations de risque par un agent dans le cadre d'une demande pour reporter un renvoi », en ligne : <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf10-fra.pdf>>; affaire *Atawnah*, préc., note 86, par. 15.

¹⁹⁷ LIPR, préc., note 8, art. 3 (2) e); voir aussi l'article 3 (2) c).

serait contraire au rapport de 2011 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Tout en se penchant sur la pratique canadienne de la « politique de retour direct » (*direct back policy*) selon laquelle le Canada renvoyait les demandeurs d'asile aux États-Unis directement dans l'attente d'une décision concernant la recevabilité de leur demande, pratique qui n'est plus en vigueur au Canada, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a tiré la conclusion suivante, pertinente quant à la présente contestation :

Pour s'assurer que le droit d'un demandeur d'asile de demander l'asile en vertu de l'article XXVII est préservé, avant de renvoyer un demandeur d'asile vers un pays tiers, l'État membre doit procéder à une évaluation individualisée de son cas, en tenant compte de tous les faits connus de la demande à la lumière des lois sur les réfugiés du pays tiers. S'il existe un doute quant à la capacité du demandeur d'asile à réclamer l'asile dans le pays tiers, l'État membre ne peut pas le renvoyer vers ce pays tiers¹⁹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a également jugé dans une décision de 2011 que, pour se conformer à leurs obligations internationales, les États doivent procéder à une évaluation individualisée et concrète de la situation dans un pays tiers et des risques de refoulement dans ce pays avant le renvoi, même si le pays est désigné comme sûr¹⁹⁹.

Le contrôle judiciaire et le sursis qui pourraient être accordés par la Cour fédérale, invoqués par les ministres et mentionnés dans les affaires *Atawnah* et *Kreishan*, ne peuvent, à notre avis, équivaloir à une évaluation individualisée du risque au moment du renvoi. Dans l'affaire *Kreishan*, le juge Rennie précise que la Cour fédérale bénéficie de pouvoirs élargis pour octroyer le sursis, contrairement à l'agent d'exécution²⁰⁰. Cependant, si la Cour fédérale devait conclure que la décision de renvoyer un demandeur d'asile aux États-Unis l'expose à la détention dans des conditions inhumaines ou au refoulement et contrevient ainsi à la Charte, sans que cette

¹⁹⁸ INTER-AM. COMM'N H.R., *John Doe et al. c. Canada, affaire 12.586*, (2011), Rapport No. 24/11, OEA/Ser.IV/II.141, doc. 29 1 2, par. 94 (notre traduction).

¹⁹⁹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, (2011) 53 EHRR 2 par. 342, 359.

²⁰⁰ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 126.

question du risque ait été décidée au préalable par un agent d'immigration, cela constituerait la preuve que le système actuel ne peut pas protéger les demandeurs d'asile.

iii. Arguments constitutionnels en vertu de l'article 15 de la Charte

Le deuxième argument constitutionnel formulé dans *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020) se fonde sur l'article 15 de la Charte, puisque la mise en œuvre de l'entente créerait de la discrimination. Pour avoir gain de cause, le demandeur doit démontrer que le critère à deux volets tel que formulé par la Cour suprême est recontré. Il faut répondre aux questions suivantes : « (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes²⁰¹ ? » Pour déterminer si la distinction crée un désavantage en perpétuant un préjugé, le tribunal peut tenir compte des désavantages préexistants dont peut être victime le groupe ainsi que de la nature du droit touché²⁰². En ce qui concerne le désavantage subi par l'application de stéréotypes, il dépend du degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe²⁰³. La disposition a pour objet de promouvoir l'égalité réelle entre les individus²⁰⁴.

Pour ce qui est de la première partie du critère, les demandeurs soutiennent que les dispositions relatives à l'irrecevabilité d'une demande d'asile en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs nuisent aux femmes de manière disproportionnée en raison de leur sexe²⁰⁵. Ils se réfèrent en particulier à la décision de principe en droit américain, *Matter of A-B*²⁰⁶, dans laquelle la violence familiale ou associée aux groupes criminels a été rejetée comme motif de persécution fondé sur l'appartenance à un groupe social en vertu de la *Convention relative au statut des réfugiés*, ainsi qu'à la prescription d'un an pour déposer une demande d'asile qui touche

²⁰¹ *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, par. 17.

²⁰² *Id.*, par. 23.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*, par. 15.

²⁰⁵ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 97-96.

²⁰⁶ *Matter of A-B*-, 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018).

davantage les femmes. Ils s'appuient sur les opinions des témoins experts. Quant à la seconde partie du critère, l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs impose un fardeau aux femmes, et elle ne répond pas à leurs besoins réels lorsque celles-ci demandent la protection au Canada. On y perpétue le stéréotype selon lequel les craintes de persécution des femmes sont moins dignes d'attention, ce qui contribue à un désavantage systématique persistant.

Ayant déjà conclu à la violation de l'article 7 de la Charte, la juge McDonald ne s'est pas prononcée sur son article 15²⁰⁷. Ce motif de contestation pourrait être de nouveau soulevé en Cour d'appel fédérale. Dans la contestation précédente, le juge Phelan avait conclu que la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr était discriminatoire, contrairement à l'article 15 de la Charte²⁰⁸. Cette conclusion n'a pas été analysée par la suite par la Cour d'appel fédérale. L'analyse du juge Phelan sur l'article 15 a été rendue avant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Kapp*, qui a clarifié le critère à deux volets pour déterminer s'il y a discrimination contrairement à la Charte. Les arguments alors avancés sont néanmoins compatibles avec l'état actuel du droit. La nouvelle contestation s'appuie sur la famille ABC, dont la mère a subi de la violence associée aux groupes criminels et dont la demande d'asile risque d'être rejetée aux États-Unis.

Il est vrai que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne fait pas de distinction fondée sur le sexe. Cependant, sa mise en œuvre a un impact disproportionné pour les femmes. En effet, avant l'adoption de cette entente et des dispositions réglementaires afférentes, le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration se préoccupait particulièrement de la protection des femmes contre la persécution fondée sur des motifs liés au sexe, compte tenu des différentes interprétations de ce motif pour reconnaître l'asile en droit américain et canadien. Le Comité a recommandé d'inclure dans le RIPR une exemption spécifique pour les victimes

²⁰⁷ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 154.

²⁰⁸ *Id.*, par. 333.

deviolence familiale qui ne devraient pas être assujetties à l'Entente sur les tiers pays sûrs²⁰⁹. Sa recommandation n'a pourtant pas été retenue.

Par conséquent, la mise en œuvre du concept de tiers pays sûr en droit canadien a fait l'objet de nombreuses contestations devant les tribunaux depuis les 30 dernières années. Nonobstant l'issue du recours en Cour d'appel fédérale, le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs et ses dispositions de mise en œuvre sont contreproductives pour encadrer les demandes d'asile en provenance des États-Unis ainsi que les préoccupations quant au respect des droits des demandeurs d'asile et des réfugiés soulevées dans les diverses contestations judiciaires posent de sérieuses questions quant à la pertinence de les maintenir en vigueur.

Conclusion

Nous avons abordé dans notre article le concept de tiers pays sûr tel qu'il a été mis en œuvre en droit canadien. Ancré dans le droit et la pratique internationaux pour contrer le phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile, l'Entente sur les tiers pays sûrs empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays lorsqu'ils arrivent à un point d'entrée situé à une frontière terrestre, sous réserve de certaines exceptions.

L'Entente sur les tiers pays sûrs fait l'objet de nombreuses critiques depuis son adoption. Sa mise en œuvre s'est révélée encore plus problématique depuis l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, en particulier à partir de l'année 2017. Par conséquent, le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux points d'entrée situés à une frontière terrestre et le contexte politique aux États-Unis ont entraîné une augmentation des entrées irrégulières au Canada pour éviter l'application de l'accord. Une telle hausse des entrées irrégulières a imposé un fardeau économique et administratif important aux autorités canadiennes pour recevoir les demandeurs d'asile à l'extérieur des points d'entrée officiels et traiter leurs demandes. Certes, il est possible de prétendre que l'Entente sur les tiers pays sûrs est « au bénéfice » du Canada, puisqu'elle

²⁰⁹

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 66, p. 10.

permet de retourner plus de demandeurs d'asile aux États-Unis que vice-versa. Cependant, comme les récents chiffres sur les demandes d'asile provenant des entrées irrégulières datant d'avant la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020 le démontrent, le nombre de demandes suivant l'entrée en vigueur de l'Entente sur les tiers pays sûrs n'a cessé d'augmenter. Compte tenu de ces conséquences découlant de l'application de cet accord, celui-ci est contreproductif, et ne permet pas un traitement ordonné des demandes d'asile en provenance des États-Unis. Alors que plusieurs tentatives obliques ont été adoptées pour pallier les entrées irrégulières, aucune n'a réglé le problème à long terme. La solution est pourtant simple : mettre fin à l'Entente sur les tiers pays sûrs.

Même si l'Entente sur les tiers pays sûrs atteignait l'un de ses objectifs, soit de favoriser un traitement ordonné des demandes d'asile au Canada, elle ne permettrait pas d'assurer le respect du principe de non-refoulement et du respect des droits des demandeurs d'asile. Les nombreuses contestations portées devant les tribunaux canadiens pour invalider la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr et l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs posent de sérieuses questions quant au respect de ce principe et de ces droits. Il n'y a pas actuellement de procédure permettant aux agents canadiens d'immigration mettant en œuvre l'accord d'effectuer une évaluation individualisée du risque de refoulement par les États-Unis. Cette situation se révèle d'autant plus choquante actuellement, compte tenu des pratiques américaines de refoulement dans le contexte de la pandémie de la COVID-19. À la suite du décret du Département américain de la santé et des services sociaux prenant effet le 20 mars 2020²¹⁰, plus de 20 000 personnes, y compris des enfants et des mineurs non accompagnés, ont été refoulées sans possibilité de déposer une demande

210

DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Notice of Order under Sections 362 and 365 of the Public Health Service Act Suspending Introduction of Certain Persons from Countries where a Communicable Disease Exists*, 85 Fed. Reg. 17060 (20 mars 2020), en ligne : <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-03-26/pdf/2020-06327.pdf>>.

d'asile, ce qui a été dénoncé par au-delà d'une centaine d'organisations et d'experts²¹¹.

Si l'Entente sur les tiers pays sûrs n'atteint pas les objectifs pour lesquels elle a été adoptée, pourquoi est-elle toujours en vigueur ? Selon nous, c'est essentiellement pour une raison politique. Ainsi que Ben Proctor l'énonce, si le Canada en venait à déclarer que les États-Unis ne sont pas un pays sûr, « [y]ou'd be poking [le président Trump] in the eye »²¹². Or, comme le souligne la professeure Audrey Macklin, « [i]f Trump actually understood how the Safe Third Country Agreement works, he'd be the first to cancel it »²¹³. L'arrivée du nouveau président Joe Biden à la tête des États-Unis pourrait certes calmer le contexte politique ayant contribué aux entrées irrégulières au Canada. Il demeure tout de même difficile pour le Canada de se retirer unilatéralement de l'entente. Afin qu'aucune conclusion ne soit tirée quant à savoir si les États-Unis est, dans les faits, sûr, la solution optimale serait celle pour les États-Unis de se retirer de l'Entente sur les tiers pays sûrs, de façon unilatérale ou d'un commun accord avec le Canada.

Toutefois, la crainte d'un malaise politique avec les États-Unis ne devrait pas servir de motif au gouvernement canadien pour mettre en péril les droits des demandeurs d'asile. Dans le contexte actuel, il est grand temps de mettre fin à l'Entente sur les tiers pays sûrs. En attendant qu'une entente en ce sens soit conclue avec les États-Unis, nous estimons primordial d'assurer aux demandeurs d'asile l'accès à une détermination individualisée quant aux risques liés à leur renvoi aux États-Unis, et ce, pour garantir la

²¹¹ Lettre de Robert R. Redfield, directeur du Centers for Disease Control and Prevention, à Chad F. Wolf, secrétaire du Département de la sécurité intérieure : « Illegal Expulsions by the Department of Homeland Security under the March 20, 2020 Order by the Centers for Disease Control and Prevention », en ligne : <<https://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/LetteronDHSExpulsionsUnderCDCOrder.pdf>>; voir aussi les statistiques du gouvernement américain : US CUSTOM AND BORDER PROTECTION, « Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions », en ligne : <<https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>>.

²¹² A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 46.

²¹³ *Id.*, p. 45.

protection de leurs droits fondamentaux. Par exemple, le Canada pourrait mettre en œuvre l'exception fondée sur l'intérêt public conformément à l'article 6 de l'Entente sur les tiers pays sûrs et octroyer au délégué du ministre la discrétion nécessaire pour décider qu'une demande d'asile est tout de même recevable. Sans régler la question des entrées irrégulières, cette proposition conforme à la recommandation 10 du rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration et à celle du HCR²¹⁴ permettrait au moins de s'assurer que le Canada protège les droits fondamentaux des demandeurs d'asile visés par l'Entente sur les tiers pays sûrs.

214

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 66, p. 14-15; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, préc., note 74.

Note bibliographique

*Yan Campagnolo, Le secret ministériel : théorie et pratique**

par Geneviève CARTIER**

Le « secret ministériel » désigne l'ensemble des règles qui protègent la confidentialité du processus collectif de décision du Conseil des ministres (le Cabinet) dans le système de gouvernement responsable de type Westminster. Au carrefour des conventions constitutionnelles, de la common law et du droit législatif (ou « statutaire »), le secret ministériel n'est pas aisé à circonscrire, et sa légitimité soulève l'enjeu de l'équilibre entre la confidentialité et la transparence dans le contexte d'une démocratie constitutionnelle qui souscrit au principe de la primauté du droit. Une étude approfondie de la question suppose dès lors non seulement une connaissance des règles et des principes juridiques et politiques applicables, mais aussi une certaine familiarité avec les rouages de la machine gouvernementale au sein de laquelle le Cabinet revendique le secret ministériel.

Dans ce contexte, le professeur Yan Campagnolo, de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, présentait le profil tout désigné pour rédiger l'ouvrage *Le secret ministériel : théorie et pratique*. Pour un temps avocat au Bureau du Conseil privé du gouvernement du Canada, ce titulaire d'un doctorat en droit pour une thèse sur le sujet met à profit son expérience des structures du pouvoir exécutif et fait l'analyse critique du cadre normatif applicable au secret ministériel. Son travail donne lieu à un panorama politico-juridique des principes et des enjeux que soulève le secret ministériel, auquel s'ajoute une analyse critique de divers régimes de common law et du droit législatif fédéral qui encadrent son exercice. L'argument central de l'ouvrage est qu'il existe, aujourd'hui encore, de bonnes raisons de protéger le secret ministériel,

* Yan CAMPAGNOLO, *Le secret ministériel : théorie et pratique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 7 (Collection Dikè), prix Walter Owen 2020 (second prix). Les références à cet ouvrage sont mentionnées directement dans le texte, entre parenthèses.

** Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

mais que son encadrement juridique pose problème. D'une part, l'auteur souligne l'incohérence des décisions judiciaires dans l'application des principes de common law relatifs au secret ministériel dans certains États. D'autre part, il soutient que certains aspects du droit législatif fédéral canadien en la matière sont incompatibles avec la Constitution de même qu'avec une certaine conception de la primauté du droit. Campagnolo propose donc des moyens de favoriser la cohérence dans l'application des principes de common law, et des avenues susceptibles de réformer le régime législatif fédéral actuel.

Le premier chapitre explore le secret ministériel d'un point de vue politique, à travers les conventions constitutionnelles élaborées pour protéger la confidentialité des travaux du Cabinet. La confidentialité se justifie parce qu'elle permet les discussions franches parmi les ministres et l'efficacité du processus décisionnel. Elle assure également la solidarité ministérielle (p. 34-42). Cette dernière s'avère essentielle au maintien de la confiance de la Chambre des communes envers le gouvernement, dimension fondamentale de tout système de gouvernement de type Westminster. Le secret ministériel n'est toutefois pas absolu, et les conventions constitutionnelles elles-mêmes en ont fixé les limites. D'abord, les opinions personnelles des ministres méritent davantage protection que les renseignements sur la base desquels les opinions sont émises et les décisions prises. Ensuite, la justification pour le maintien de la confidentialité s'estompe avec le passage du temps. Enfin, le secret ministériel ne peut tenir lorsque des considérations d'intérêt public exigent qu'il soit levé, notamment pour que soient mis au jour des cas de mauvaise gestion ou de conduites répréhensibles, voire criminelles (p. 56-90).

Le fondement des conventions constitutionnelles relatives au secret ministériel permet ainsi d'en établir la légitimité, mais la nature politique des conventions limite précisément leur sanction au domaine politique. La protection juridique du secret ministériel doit trouver un fondement dans la common law ou le droit législatif, sans quoi le gouvernement ne peut revendiquer le droit de refuser de divulguer ses secrets dans le cas de litiges ou de demandes d'accès à l'information (p. 90). Dans le deuxième chapitre, Campagnolo aborde la protection juridique du secret ministériel en common law. Il explique la façon dont les tribunaux, s'appuyant sur les

raisons qui justifient les conventions constitutionnelles relatives au secret ministériel exposées dans le premier chapitre, ont étendu la doctrine de common law de l'immunité d'intérêt public aux secrets du Cabinet (p. 90-140). L'immunité d'intérêt public permet au gouvernement de refuser la divulgation de secrets du Cabinet lorsque l'intérêt public le justifie. Comme le droit législatif fédéral canadien a remplacé le régime de common law en la matière, l'auteur procède à une analyse critique de la manière dont les tribunaux ont traité les revendications d'immunité d'intérêt public au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans les juridictions provinciales au Canada. Le principe général pose que les tribunaux ont l'indépendance nécessaire pour légitimement procéder à un contrôle de légalité de ces revendications, sur la base des principes de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs. L'auteur met toutefois en évidence la difficulté pour les tribunaux d'établir de manière cohérente l'équilibre entre l'intérêt public dans la saine administration de la justice et l'intérêt public dans la saine administration du gouvernement (p. 140-177). Son analyse de la jurisprudence révèle une grande variation dans le niveau de déférence accordé au gouvernement et dans la manière d'établir l'équilibre entre les principes en jeu. Campagnolo suggère une « approche rationnelle » principalement axée sur « une analyse coûts-bénéfices des revendications d'immunité d'intérêt public dans le but de maximiser l'intérêt public » (p. 179). Il estime qu'une telle approche est davantage susceptible de favoriser la prévisibilité, la certitude et la transparence des évaluations des revendications d'immunité du gouvernement. Que l'on adhère ou non à la matrice formelle qu'il propose, les considérations de fond sont très éclairantes à cet égard.

Au Canada, des dispositions législatives ont remplacé au fédéral les règles de common law relatives au secret ministériel. Elles confèrent une immunité pratiquement absolue à la confidentialité des renseignements du Cabinet, qui fait contraste avec les régimes de common law étudiés par Campagnolo au deuxième chapitre. D'un côté, l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹ prive les tribunaux de leur pouvoir d'examiner les « renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada » et d'ordonner qu'ils soient produits à l'occasion de

¹ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5.

litiges. De l'autre côté, l'article 69 de la *Loi sur l'accès à l'information*² a pour effet d'exclure les renseignements confidentiels du Cabinet du champ d'application de la loi et prive le commissaire à l'information et la Cour fédérale de leur compétence en la matière. Dans le troisième chapitre, l'auteur explique le contexte politique qui a mené à l'adoption de ces dispositions (p. 183-207); il aborde en outre les procédés interprétatifs et administratifs qui ont permis au gouvernement fédéral d'étendre la portée de la protection juridique du secret ministériel au-delà de ce que prescrit la common law (p. 208-261). Ce régime juridique est d'autant plus problématique qu'il retire aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la production des renseignements confidentiels indiqués dans la loi de même que de procéder à leur examen pour vérifier que le gouvernement a établi l'équilibre nécessaire entre les aspects divergents de l'intérêt public en cause dans ce type de situation, c'est-à-dire l'intérêt de la justice et l'intérêt de l'administration. L'auteur juge que la portée du régime législatif est excessive et que le contrôle judiciaire des revendications d'immunité se révèle insuffisant.

Dans le quatrième et dernier chapitre, Campagnolo se concentre sur une partie du régime législatif fédéral, soit l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il soutient que, en privant les tribunaux de leur pouvoir d'examiner les renseignements pour lesquels le gouvernement revendique une immunité et d'ordonner qu'ils soient produits dans le contexte de litiges, cet article « enfreint le principe de la primauté du droit et les dispositions de la Constitution » (p. 269). Toutefois, dit l'auteur, la Cour suprême du Canada a adopté une conception étroite du principe de la primauté du droit « qui présuppose l'existence d'un ordre juridique, dans lequel les règles de droit doivent s'appliquer également à l'État et aux justiciables, et que l'action de l'État est autorisée par des règles de droit » (p. 273). Ainsi conçu, affirme-t-il, le principe de la primauté du droit ne peut lui-même constituer le fondement d'une déclaration formelle d'inconstitutionnalité, bien qu'il puisse intervenir indirectement par la voie de l'interprétation des dispositions de la Constitution. L'auteur considère que la Cour suprême devrait plutôt souscrire à la « conception de la primauté du droit comme culture de la justification », telle qu'elle a

² *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1.

été formulée par David Dyzenhaus dans une série d'articles influents sur la question. À vrai dire, Campagnolo estime que l'ordre juridique canadien adhère implicitement à cette conception. Après une revue des composantes de cette conception de la primauté du droit, il procède à l'analyse de l'article 39 pour conclure qu'il « est inéquitable sur le plan procédural et qu'il empiète sur la compétence et les pouvoirs fondamentaux des cours supérieures. Il est donc incompatible avec la théorie du droit comme culture de la justification et, parce qu'il enfreint les dispositions de la Constitution, il est également inconstitutionnel. » En l'espèce, c'est le gouvernement qui décide de la confidentialité de certains documents et donc de leur protection, ce qui signifie qu'il agit sans l'indépendance et l'impartialité nécessaires pour ce faire. Au surplus, le gouvernement n'a aucune justification à fournir au soutien de sa décision. Par ailleurs, en privant les tribunaux supérieurs de leur pouvoir d'intervenir pour vérifier la légalité des décisions du gouvernement, l'article 39 porte atteinte au principe fondamental de la séparation des pouvoirs (p. 18 et 265).

Dans la conclusion générale de l'ouvrage, l'auteur expose, sous forme d'une série de constats, les éléments essentiels des chapitres précédents et formule des recommandations en vue d'améliorer les aspects les plus problématiques de la common law et du droit législatif applicables au secret ministériel (p. 345-377).

L'ouvrage de Campagnolo marque une contribution importante dans le domaine du droit public. Cet auteur procède à une synthèse remarquable des nombreuses normes applicables au secret ministériel et, de surcroît, enrichit son analyse du contexte politique et administratif qui permet de bien saisir les enjeux et les défis que pose cette question. Qui plus est, le propos s'avère bien écrit, adroitement structuré et rédigé de manière très pédagogique : le lecteur peut aisément naviguer dans le texte, qui alterne entre présentations et synthèses, ce qui en facilite grandement la compréhension.

J'ajouterais que cette publication de Campagnolo ouvre aussi la discussion sur un certain nombre de questions, parmi lesquelles figurent

les suivantes. Ainsi, l'auteur affirme que la Cour suprême adhère à une conception minimale de la primauté du droit, tout en soutenant que la conception alternative qu'il adopte lui-même, celle de la primauté du droit comme culture de la justification, est implicite dans l'ordre juridique canadien. Il va sans dire que la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas synonyme de l'entièreté de l'ordre juridique canadien. Toutefois, il serait intéressant d'approfondir la question de savoir jusqu'où la jurisprudence du plus haut tribunal du pays peut s'opposer aux principes qui composent implicitement l'ordre juridique canadien sans que des tensions menacent l'intégrité du système dans son ensemble.

D'un autre point de vue, l'argument de l'auteur a le mérite de mettre en évidence la complexité des rapports entre le principe de la primauté du droit, l'interprétation constitutionnelle et les fondements sur lesquels les tribunaux peuvent légitimement s'appuyer pour déclarer l'inconstitutionnalité de dispositions législatives. Sous cet angle, son ouvrage représente moins l'aboutissement que la continuité des débats qui entourent la manière de combiner de manière appropriée le droit écrit et les principes non écrits.

Au final, l'ouvrage de Campagnolo montre combien le droit relatif au secret ministériel constitue un formidable laboratoire pour les publicistes du Canada et des juridictions qui partagent sa tradition juridique et politique. Il faut donc souligner la contribution de son ouvrage aux débats relatifs à un domaine du droit qui mobilise les principes fondamentaux de la démocratie et de la primauté du droit.

LISTE DES LIVRES REÇUS

- Sous la direction de Arnaud TELLIER-MARCIL, Shana CHAFFAI-PARENT, Marc-Antoine PICOTTE et Kevin LAFRENIÈRE, *Les prochains défis de la pensée civiliste / les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Montréal, Éditions Thémis, 2020, 191 p.
- Jean-Louis RENCHON, *Quelle configuration juridique pour le lien de couple et le lien de filiation?*, Montréal, Éditions Thémis, 2020, 87 p.
- Christine MORIN, *Mariages dits prédateurs et exploitation amoureuse : réflexions sur le droit québécois à la lumière de la situation canadienne*, Montréal, Éditions Thémis, 2020, 37 p.
- Hugues PARENT et Julie DESROSIERS, *Traité de droit criminel / La peine*, t. III, 3^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2020, 1164 p.
- Grégoire WEBBER, *Droits et droit*, Montréal, Éditions Thémis, 62 p.

CYCLES SUPÉRIEURS EN DROIT



Des formations de pointe.
Un environnement remarquable.
Un équilibre parfait.

2^e cycle | Type cours

- Droit et politiques de la santé
- Prévention et règlement des différends
- Droit notarial
- Common law et droit transnational
- Droit international et politique internationale appliqués
- Pratique du droit criminel et pénal
- Droit des affaires et risques de l'entreprise

2^e et 3^e cycles | Type recherche

- Maîtrise en droit
- Maîtrise en droit et politiques de la santé
- Maîtrise en environnement
- Doctorat en droit

USherbrooke.ca/droit/programmes



UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE

COLLECTION HABILITÉS PROFESSIONNELLES

Thomas A. MAUET, Jacques BELLEMARE, Michel JOLIN, Robert MONETTE et Michael SHEEHAN, *Techniques de plaidoirie*, 1986.

COLLECTION MONOGRAPHIES JURIDIQUES

Guillaume ROUSSEAU, *Loi sur la laïcité de l'État commentée et annotée : philosophie, genèse, interprétation et application*, 2020.

Mélanie BOURASSA FORCIER, William AUDET et Gabriel MELANÇON, *Précis de propriété intellectuelle*, 2020.

Pierre LEMIEUX, *Droit administratif - doctrine et jurisprudence*, 7^e édition, 2018.

Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 4^e édition, 2015.

Louis MARQUIS, *Droit de la prévention et du règlement des différends (PRD)/Principes et fondements*, 2015.

David GILLES, *Essais d'Histoire du droit / De la Nouvelle-France à la Province de Québec*, 2014.

Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, 2011.

Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes / Éléments pour une théorie de la gouvernance*, 2009.

HORS COLLECTION

Sous la direction de Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, *La norme juridique « reformatée » / Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, 2016.

Sous la direction de Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Lara KHOURY et Jean-Christophe SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale/Regards franco-québécois*, 2015.

Jacques J. ANCTIL, *Le Code de procédure civile en tableaux/Livres I, II, III*, 2015.

Jacques J. ANCTIL, *Le Code de procédure civile en tableaux/Livres IV, V, VI*, 2015.

Jacques J. ANCTIL, *Le Code de procédure civile en tableaux/Livres VII, VIII et dispositions modificatives et finales*, 2015.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/Résister : droit & subversion*, 2015.

Sous la direction de Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec / « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, 2014.

Sous la direction de Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT, *Les livres du Code civil du Québec*, 2014.

Edited by Marie-Pierre ROBERT, David KOUSSENS and Stéphane BERNATCHEZ, *Of Crime and Religion: Polygamy in Canadian Law*, 2014.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/La neutralité et le droit*, 2013.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/Les sentiments et le droit*, 2012.

Sous la direction de Louise LALONDE, *Le droit, vecteur de la gouvernance en santé? Défis théoriques et enjeux pratiques de l'accès aux soins de la santé*, 2012.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/Les pratiques, sources de normativité?* 2011.

Sous la direction de Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, 2011.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/La vulnérabilité et le droit*, 2010.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/La parole et le droit*, 2009.

Sous la direction de Marie-France BUREAU, *Sexualité et démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, 2009.

Sous la direction de Lorraine DEROCHER, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre NOËL, *L'asile religieux/Giving Sanctuary to Illegal Immigrants*, 2009.

Sous la direction de Louise LALONDE, France JUTRAS, André LACROIX et Johane PATENAUDE, *Mélanges Georges A. Legault*, 2008.

LES ÉDITIONS REVUE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

editions.droit@USherbrooke.ca

Achevé d'imprimer
sur les presses de
Imprimerie H.L.N.
Imprimé au Canada - Printed in Canada